# Die Begründung mittelbaren Besitzes unter besonderer Berücksichtigung des „ähnlichen Verhältnisses“ in § 868 BGB.

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der juristischen Doktorwürde
der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von
**Edmund Barrois**
Gerichtsreferendar
aus Landsweiler

Marburg 1936

Dissertations-Verlag G. H. Nolte Düsseldorf

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 20. September 1935.

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Jung

2. Berichterstatter: Geheimrat Leonhard

Meinen lieben Eltern
in Verehrung und Dankbarkeit.

## Inhaltsübersicht.

I. Abschnitt.



II. Abschnitt.



III. Abschnitt.



1. Kapitel:



2. Kapitel:

# Schrifttum.

Aravantinos, P. J.: Die Anfechtbarkeit der Besitzübertragung im dtsch. bürgerl. Recht, in Iher. Jahrb. Bd. 48 S. 101 ff. (1904).
Bartels: Ausführungen zur Besitzlehre des BGB., in Gruch. Beitr. Bd. 42. 646 ff.
Bekker, Em.: Der Besitz beweglicher Sachen (nach der 2. Lesung des Entw. eines Bürg. Gesetzbuchs f. d. Dt. Reich), in Iher. Jahrb. Bd. 34 S. 1 ff. (1895).
Brockhoff, Fr.: Der Begriff des „ähnlichen Verhältnisses" (in § 855 und § 868 BGB.). Breslauer Diss. 1920.
Bruns, V.: Besitzerwerb durch Interessenvertreter (1910).
Cosack, Cd.: Lehrb. d. Dt. Bürg. Rechts. 2. Bd. 6. Aufl. 1913.
Crome, K.: System d. Dt. Bürg. Rechts. 3. Bd. 1905.
de Boor, H. O.: Bürgerliches Recht. 1930.
Dernburg, H.: Das Sachenrecht, 4. Aufl. 1908.
Eck, E.: Vorträge über das Recht des Bürg. Gesetzbuchs. Bd. 2, 1/2. Aufl. 1904.
Endemann, F.: Lehrbuch des Bürg. Rechts, 2. Bd. (Sachenrecht). 8/9. Aufl. 1905.
Fischer-Henle: Bürgerl. Gesetzbuch. 14. Aufl. 1932.
Gaertner, M.: Der gerichtliche Schutz gegen Besitzverlust. 1901.
Geißler, H.: Zur Frage des mittelbaren Besitzes des Veräußerers einer unter Eigentumsvorbehalt übergebenen beweglichen Sache, in Jur. Woch. 1905, 521 ff.
Gierke, Otto Die Bedeutung des Fahrnisbesitzes für streitiges Recht. 1897.
— Gutachten über die Frage: Ist nach den Vorschriften des Bürgerl. Gesetzbuchs die Verfolgung des dinglichen Rechts auch gegen den mittelbaren Besitzer zulässig? in 24. Dt. J. T. Bd. 3 S. 29 ff.
— Deutsches Privatrecht. Sachenrecht 1905.
Goldmann-Lilienthal: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 2. Bd. (Sachenrecht) 1912.
Heck, Ph.: Grundriß des Sachenrechts. 1903.
Hellmann: in Krit. Vierteljahresschrift Bd. 50 S. 104 ff. (1912).
Isay, H.: Die Geschäftsführung nach dem Bürgerl. Gesetzbuch, 1900.
Jung, E.: Der Eigentumsübergang beim Kommissionskauf, in Ztschr. f. H. R. Bd. 47 S. 200 ff.
— Das Bürg. Recht, in Stammler das gesamte deutsche Recht 1931.
Kohler, J.: Vertrag und Übergabe, Arch. Bürg. Recht Bd. 18 S. 1 ff. (1900).
Kreß, H.: Besitz und Recht. 1909.
Kretzschmar, Ferd.: Das Sachrecht des Bürg. Gesetzbuchs. 1906.
Kuhlenbeck, L.: Das Bürg. Gesetzbuch. 2. Bd. 2. Aufl. 1903.
Landsberg, E.: Das Recht des Bürgerl. Gesetzbuchs. 2. Hälfte 1904.
Last, Ad.: Fragen der Besitzlehre, in Iher. Jahrb. Bd. 63, S. 71 ff.
Leonhard, Fr.: Vertretung beim Fahrniserwerb. 1899.
Linke, Gg.: Die Entstehung mittelbaren Besitzes (§ 868 BGB.). Breslauer Diss. 1928.
Loening, O.: Bürgerl. Gesetzbuch, 1931.
Männer, K.: Das Sachenrecht nach dem Bürg. Gesetzb. 2. Aufl. 1906.
Matthiaß, Bernh.: Lehrb. d. Bürg. Rechts. 6/7. Aufl. 1914.
Mengelkoch: Welche Beziehungen bestehen zwischen der Gültigkeit des Rechtsverhältnisses und dem Entstehen mittelbaren Besitzes nach § 868 BGB.? in Iher. Jahrb. Bd. 76 S. 53 ff. (1926).

Müller-Erzbach: Der Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien, in Iher. Jahrb. Bd. 53 S. 331 ff. (1908).
Neumann, Hugo: Handausgabe des Bürg. Gesetzbuchs. 1. Bd. 4. Aufl. 1905.
Petri, Kd: Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgute, in Arch. ziv. Prax. Bd. 111 S. 359 ff.
Planck: Kommentar z. BGB. (Sachenrecht). 5. Aufl. 1932.
Protokolle: Bd. 3 S. 223, S. 332; Bd. 4 S. 596, S. 608.
Przibilla, Em.: Zur Lehre vom mittelbaren Besitz, in JW 1908, 395 ff.
— Erwerb und Verlust des mittelbaren Besitzes. Freiburger Diss. 1905.
Pudor: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?, in JW 1905, S. 314.
Reichsgerichts-Räte-Kommentar: Sachenrecht, 8. Aufl. 1934.
Rohde, E.: Studien im Besitzrecht. Bd. 2 (XXI, XXIII.).
Rosenberg, Leo: Sachenrecht 1919.
Rümelin, M.: Das Handeln in fremdem Namen im Bürg. Gesetzbuch, in Arch. ziv. Prax. Bd. 93 S. 131 ff.
v. Staudinger: Kommentar zum BGB., Sachenrecht, 9. Aufl. 1926.
Strohal, E.: Der Sachbesitz nach dem BGB. in Iher. Jahrb. Bd. 38, S. 1 ff. (1898).
Thiesing: Ist der Veräußerer einer beweglichen Sache, die er dem Erwerber unter Eigentumsvorbehalt übergeben hat, mittelbarer Besitzer?, in Arch. Bürg. Recht, Bd. 20, S. 240 ff.
Turnau-Foerster: Das Liegenschaftsrecht, 1. Bd.: Das Sachenrecht, 2. Aufl. 1902.
Warneyer, O.: Kommentar zum Bürgerl. Gesetzbuch. 2. Bd. 1930.
Weidemann, W.: Der mittelbare Besitz des Bürg. Gesetzbuchs. Berliner Diss. 1902.
Wendt: Der mittelbare Besitz des Bürg. Gesetzbuchs, in Arch. ziv. Prax. Bd. 87 S. 40 ff. (1897).
Windscheid-Kipp: Lehrbuch d. Pandektenrechts. 9. Aufl. 1906.
Wolff, M.: Das Recht zum Besitze, in Festgabe f. Koch, S. 150 ff. (1903).
— Sachenrecht. 9. Bearb. 1932.

## 1. Abschnitt.

### Einleitung.

Der mittelbare Besitz ist eins der bestrittensten Gebiete des Sachenrechts. Ein kurzer Blick in das vorhandene Schrifttum gibt die Bestätigung. Schon bei der Schaffung dieses Rechtsinstituts gingen die Ansichten stark auseinander. Die Kommissionsprotokolle nennen den mittelbaren Besitz „ein Institut von zweifelhaftem, juristischem Charakter" (Prot. III S. 332). Im Laufe der Zeit hat sich ein umfangreiches Schrifttum angesammelt. Fast jeder Wissenschaftler, der sich eingehender mit den vorhandenen Streitfragen beschäftigt hat, vertritt eine andere Meinung. Es wurde immer wieder der Versuch unternommen, eine Klärung und befriedigende Erörterung der vorhandenen Probleme zu erreichen. Auch die vorliegende Arbeit hat sich dieses Ziel gesetzt. Die Formulierung des Themas ist so gewählt, daß es in die wichtigsten Probleme hineinführt. Weniger wichtige Fragen werden nur kurz erwähnt, um die Ausführungen desto mehr auf die Hauptfragen zu konzentrieren. Es wird Wert darauf gelegt, im Rahmen des Themas das vorhandene Schrifttum möglichst restlos zu sichten. Dabei werden die vorhandenen Ansichten in Gruppen zusammengefaßt, soweit eine Gruppierung nach gemeinsamen Gesichtspunkten möglich ist. Dadurch soll eine bessere Übersicht gewonnen werden. Die Lehrmeinungen, die sich in Gruppen nicht einordnen lassen, werden einzeln gewürdigt, soweit dies zur Klärung der Probleme erforderlich ist. Die in der Wissenschaft für und gegen die vorhandenen Streitfragen angegebenen Gründe werden zusammengetragen, und es wird versucht, weitere Gründe „für und gegen" aufzufinden. Zur Lösung der Probleme werden mehrfach neue Wege gesucht und gefunden. So bei der Wesensbestimmung des mittelbaren Besitzes, der Bestimmung des Begriffs „ähnlich" in § 868 und der Beurteilung der Rechtslage bei Ungültigkeit des (vereinbarten) Besitzmittlungsverhältnisses. Es wird dabei vor allem auf die praktische Verwertbarkeit der gefundenen Ergebnisse und eine ausschließliche Begründung aus dem Gesetz das Augenmerk gerichtet. Den Abschluß der Arbeit bildet die Wiedergabe der wichtigsten „ähnlichen" Besitzmittlungsverhältnisse aus den verschiedenen Rechtsgebieten. Auch hier werden die weniger bestrittenen Verhältnisse nur erwähnt, die bestrittenen dagegen eingehend behandelt.

Die wichtigste Vorschrift, mit der sich diese Arbeit zu beschäftigen hat, ist § 868 BGB. Sie soll wegen ihrer Bedeutung den folgenden Ausführungen im Wortlaut vorangehen. § 868 lautet:

„Besitzt jemand eine Sache als Nießbraucher, Pfandgläubiger, Pächter, Mieter, Verwahrer oder in einem ähnlichen Verhältnisse,

vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist, so ist auch der andere Besitzer (mittelbarer Besitz)".

## 2. Abschnitt.

## Das Wesen des mittelbaren Besitzes.

Die Frage nach dem Wesen des mittelbaren Besitzes ist mehr theoretischer als praktischer Natur wie alle Fragen nach „einem begrifflichen Wesen". Dennoch muß sie von jedem eingehend untersucht werden, der sich über die Wirkung des mittelbaren Besitzes im Rechtsleben Klarheit verschaffen will. Die Unklarheit, die diesbezüglich auch heute noch besteht, liegt in der Schwierigkeit des Problems begründet [1]). Es handelt sich hauptsächlich darum, ob der mittelbare Besitz als wahrer Besitz oder als eine Fiktion oder etwa als ein Besitz besonderer Art anzusehen ist. Die verschiedenen Lehrmeinungen, die sich herausgebildet haben, lassen sich in drei Gruppen einordnen. Sie sind zweckmäßig nach ihrem Ausgangspunkt gruppiert, weil eine Lehrmeinung nur dann verstanden werden kann, wenn ihre Wurzel richtig erkannt ist.

### § 1.

Die erste Gruppe geht davon aus, daß zum Begriff des Besitzes — und damit auch des mittelbaren Besitzes — notwendig die Innehabung der „tatsächlichen" Gewalt über die Sache gehört. Mit dem Nachweis, daß der mittelbare Besitzer keine „tatsächliche" Gewalt über die Sache hat, kommen sie zu der Auffassung, daß der mittelbare Besitz kein wahrer Besitz, sondern eine Fiktion sei. Die zweite Gruppe hat denselben Ausgangspunkt, sucht aber ihrerseits den Nachweis zu führen, daß auch der mittelbare Besitzer noch eine „tatsächliche" Herrschaft über die Sache ausübt. Sie vertritt deshalb die Meinung, daß der mittelbare Besitz nicht als eine Fiktion, sondern als echter Besitz anzusehen ist. Auch die dritte Gruppe sieht zwar im mittelbaren Besitz einen echten Besitz und stimmt so im Ergebnis mit der vorgenannten Gruppe überein. Sie unterscheidet sich von ihr aber in dem wesentlichen Punkt, daß sie zum Begriffe des mittelbaren Besitzes zwar ebenfalls eine Herrschaft des mittelbaren Besitzers über die Sache, nicht aber eine „tatsächliche" Herrschaft verlangt. So kommen die beiden ersten Gruppen vom gleichen Ausgangspunkt zu verschiedenen Ergebnissen; die beiden letztgenannten Gruppen dagegen von verschiedenen Ausgangspunkten zum gleichen Ergebnis.

### § 2.

Im folgenden werden die einzelnen Lehrmeinungen einer kritischen Betrachtung unterzogen, um daran anschließend die eigene Ansicht dar-

1) Rosenberg § 868 I 1.

zulegen. Die Auffassungen der Kommission, wie sie bei Schaffung des Rechtsinstituts des mittelbaren Besitzes diesbezüglich vertreten wurden, mögen den Betrachtungen vorausgehen.

1. Von mehreren Mitgliedern der 2. Kommission [2]) wurde der Standpunkt vertreten: Der Vermieter oder der Verpächter gebe nicht seinen Besitz dadurch vollständig auf, daß er das Grundstück dem Mieter oder Pächter zu dem vertragsmäßigen Gebrauch überlasse. Der Mieter oder Pächter nehme das Grundstück, indem er es zum vertragsmäßigen Gebrauch übernehme, nicht in seinen ausschließlichen Besitz; er habe, wie das preuß. ALR. sage, unvollständigen Besitz; neben seinem Besitze bestehe der des Vermieters oder des Verpächters in der Beschränkung fort, welche der durch den Zweck des vertragsmäßigen Gebrauchs begrenzte Besitz des Mieters oder des Pächters mit sich bringe. Zur „tatsächlichen" Einwirkung auf das Grundstück lasse der vertragsmäßige Gebrauch des Mieters dem Vermieter allerdings wenig Spielraum. Die tatsächliche Gewalt über die Sache äußere sich aber nicht nur in Einwirkungen auf dieselbe, sondern auch in der Ausschließung Dritter von Einwirkungen auf die Sache. Es wird hier also die Meinung vertreten, daß der mittelbare Besitzer wenigstens einen Teil der „tatsächlichen" Gewalt über die Sache behält und folglich der mittelbare Besitz echter Besitz ist. Von anderer Seite wurde die Auffassung vertreten, daß als Inhaber der „tatsächlichen" Gewalt, also als Besitzer, ausschließlich der unmittelbare Besitzer (Nießbraucher, Pächter, Mieter usw.) anzusehen ist. Von diesen Vertretern wird dem mittelbaren Besitzer nur ein schutzwürdiges Interesse gegenüber Dritten zugebilligt. Die Mehrheit der Kommission ließ sich an anderer Stelle [3]) von den Erwägungen leiten: es könne nicht anerkannt werden, daß der mittelbare Besitz als ein wirkliches Besitzverhältnis anzusehen ist. Der mittelbare Besitz stelle sich als ein Institut von zweifelhaftem, juristischem Charakter dar. Allerdings habe die Kommission beschlossen, in einigen Beziehungen den mittelbaren Besitzer wie einen wirklichen Besitzer zu behandeln. Aber diese Vorschriften seien rein positive, und es könne aus ihnen ein zwingender Schluß auf die Behandlung des mittelbaren Besitzes als eines wirklichen Besitzverhältnisses nicht gezogen werden.

Die angeführten Stellen zeigen deutlich den Zwiespalt der Meinungen, wie er über das Wesen des mittelbaren Besitzes schon bei Schaffung dieses Rechtsinstituts bestand. Eine ausschlaggebende Bedeutung kommt daher der einen oder anderen in den Protokollen vertretenen Meinung nicht zu. Die Lösung des Problems ist vielmehr der Wissenschaft überlassen [4]).

2. Die Hauptvertreter der ersten Gruppe, die den mittelbaren Besitz als eine Fiktion ansehen, sind Wendt [5]), Bartels [6]) und Müller-Erz-

2) Prot. III S. 223.
3) Prot. III S. 332.
4) Planck zu § 868, 7.
5) Wendt in Arch. ziv. Prax. Bd. 87/42 ff. u. „Gutachten . . ." 24. D. J. T. Bd. 3 S. 4 ff.
6) Bartels in Gruch. Beitr. Bd. 42, 646 ff.

bach[7]). Ihr Ausgangspunkt ist — wie schon angedeutet — die Auffassung jeden Besitzes als der Innehabung der „tatsächlichen“ Gewalt über eine Sache.

Wendt meint[8]), wer für die Theorie das Wesen des Besitzes feststellen wolle, dürfe dabei auf den mittelbaren Besitz überhaupt keine Rücksicht nehmen, sondern müsse denselben als etwas dem übrigen Besitzrecht Fremdes ganz isolieren als eine Besonderheit, welche den übrigen Bestimmungen inkommensurabel sei und mehr unter dem Strich als über dem Strich stehe . . . Die Vermittlung zwischen unmittelbarem und mittelbarem Besitzer sei . . . lediglich das Ergebnis eines Rechtssatzes, welcher neben den Besitz des Besitzers (= unmittelbaren) noch den Besitz eines Nichtbesitzers stelle und diesen „mittelbar“ zu nennen beliebe, weil er in der Tat nur durch die obligatorischen Beziehungen zum Besitzer getragen werde und durch den Gedanken, daß die Sache ja demnächst zum Eigentümer zurückkehre und nur einstweilen auf Zeit sich in fremder Hand befinde. Man könne also höchstens so viel sagen, daß der Besitz des Besitzers dem Eigentümer (gemeint ist der mit dem Eigentümer nicht notwendig identische mittelbare Besitzer) ebenfalls angerechnet werde, wenn auch auf einer durchaus künstlichen und fiktiven Grundlage. Wendt kommt dann auf Grund dieser Auffassung dazu, „dem mittelbaren Besitz überhaupt keine anderen Folgen zu geben, als wie sie in § 869 angeführt sind“ . . . Denn der mittelbare Besitz sei in Wirklichkeit nicht das, für was das Wort ihn ausgebe, sei kein Besitz, wie ihn andere Besitzer haben, sondern nur eine Fiktion, deren Kern ein subsidiäres Klagerecht sei, um verbotene Eigenmacht, welche gegen den wirklichen (= unmittelbaren) Besitzer verübt werde, auch vom Standpunkt des Eigentümers aus noch mit possessorischer Klage verfolgen zu können. Darüber hinaus reiche dann die Bedeutung des mittelbaren Besitzes nicht.

In seinem Gutachten[9]) ergänzt Wendt die dargelegte Ansicht noch dahin, daß der Ausdruck des Gesetzes in § 868: „so ist auch der andere Besitzer“ nur insoweit gelten könne, als das Gesetzbuch diesem mittelbaren Besitz bestimmte Befugnisse eingeräumt hat, so wie es in § 868 und in anderen Bestimmungen geschehen sei . . . Keinesfalls aber könne es gebilligt werden, mit dem Doppelbesitz ernst zu machen und damit Konflikte heraufzubeschwören, welche unter Doppelbesitzern unvermeidlich seien. Die neuen Grundlagen des Besitzrechts ließen nur einen Besitzer zu, so oft es sich nicht um Mitbesitz handele, und wenn daneben gewisse Fälle doch die Reflexwirkung des mittelbaren Besitzes erzeugten, wie nach § 868 nun einmal feststehe, so sei es nicht rationell, die Rechtsfolgen desselben über das unmittelbar gebotene Maß auszudehnen (a.a.O. S. 7). In derselben Gedankenrichtung bewegt sich die an anderer Stelle[10]) geäußerte Auffassung, daß das Gesetzbuch nicht . . . zu schwierigen und an inneren Konflikten reichen Doppelbesitzverhältnissen gelangt

---

7) in Iher. Jahrb. Bd. 53, 331 ff.
8) a.a.O. S. 47.
9) 24. D. J. T. Bd. 3 S. 5 ff.
10) Arch. ziv. Prax. Bd. 87, 47.

sei, sondern daß der römische Satz: ubi ego sedeo, tu sedere non potes und die darin liegende Verwerfung einer possessio plurium in solidum auch für das System des Bürgerlichen Gesetzbuchs seine Wahrheit behalte. Wendt sieht endlich im mittelbaren Besitz „einen Rückfall in die doch anscheinend verlassenen Bahnen des römischen Rechts“ [11]).

Die Ausführungen Wendts können keinesfalls überzeugen. Zunächst spricht dagegen der klare Wortlaut des § 868. Es heißt dort: „. . . so „ist“ auch der andere Besitzer“. Gierke [12]) weist mit Recht darauf hin, daß das Gesetzbuch für die Schaffung einer Fiktion die Wendung gebraucht hätte: so „gilt“ auch der andere als Besitzer. Das Wörtchen „auch“ deutet ferner auf eine „volle Einordnung des mittelbaren Besitzes in die Kategorie des Besitzes“ hin [13]). Wollte man mit Wendt die Bedeutung des mittelbaren Besitzes in der Zubilligung des Besitzschutzes des § 869 für den mittelbaren Besitzer erschöpft sehen, so hieße das, ein wichtiges Rechtsinstitut in seiner Bedeutung einengen, wofür weder aus dem Gesetze noch aus einer vernünftigen Überlegung heraus ein zwingender Grund gefunden werden kann. Die Bedeutung des mittelbaren Besitzes äußert sich vielmehr noch in vielen anderen Richtungen. Es genügt der Hinweis auf die Eigentumsübertragung (§§ 929 ff.), die Eigentumsvermutung des § 1006, Abs. 3, die Ersitzung (§§ 937 ff.). Die Gewährung des Besitzschutzes gemäß § 869 als alleiniger Zweck des mittelbaren Besitzes könnte die Schaffung des besonderen technischen Ausdrucks „mittelbarer Besitz“ in § 868 nicht rechtfertigen. Wenn Wendt ferner — was bei der Darlegung seiner Ansicht nicht erwähnt wurde — das Wesen des mittelbaren Besitzes lediglich in dem obligatorischen Anspruch auf Herausgabe der Sache sehen will, so wird diese Auffassung mit Planck [14]) treffend dahin widerlegt, daß der mittelbare Besitz verloren geht, wenn der Besitzmittler den unmittelbaren Besitz verliert oder aufgibt, obwohl der Anspruch auf Herausgabe der Sache noch weiterhin bestehen bleibt. Es bliebe aber auch unerklärt, weshalb nicht jeder Herausgabeanspruch mittelbaren Besitz begründet. Die römisch-rechtliche Auffassung von der Unmöglichkeit einer „possessio plurium in solidum“ hat — entgegen der Ansicht von Wendt — für das heutige Recht keine Geltung mehr [15]). Der Satz findet sich im BGB. nirgends ausgesprochen. Der Möglichkeit eines Doppelbesitzes stehen keine Bedenken entgegen. Vielmehr kann die Vorstellung mehrfachen Besitzes an derselben Sache als ein Durchbruch germanischen Rechtsdenken angesehen werden, denn das preuß. Landrecht z. B. ließ neben dem unvollständigen Besitze einen vollständigen Besitz fortdauern [16]). Auch unserer Volksanschauung, der gerade im Besitzrecht eine große Bedeutung zukommt, ist der Gedanke des Doppelbesitzes nicht fremd. Mit Recht sagt Gierke [16]), es würde schwerlich Verständnis finden, wer das Volk zu überzeugen

---

11) Arch. ziv. Prax. Bd. 87, 42.
12) 24. D. J. T. Bd. 3 S. 32 (Gutachten).
13) Gierke, Gutachten ebd.
14) a.a.O. § 868, 7.
15) ebenso: Endemann a.a.O. S. 161 Anm. 7.
16) Vgl. so: Gierke, 24. D. J. T. Bd. 3 S. 30; Leonhard: a.a.O. S. 70.

unternehme, daß der Eigentümer eines verpachteten Rittergutes nicht mehr Rittergutsbesitzer und der Eigentümer einer vollständig vermieteten Mietskaserne nicht mehr Hausbesitzer sei. Eine entgegengesetzte Lehre ist eher alles andere als volkstümlich.

Schon diese Ausführungen müßten genügen, die Lehre Wendts als unhaltbar zu erkennen. Gleichzeitig als weitere Gründe für die Unrichtigkeit seiner Auffassung dienen die Gründe, die für den Nachweis angeführt werden, daß auch der mittelbare Besitz echter Besitz ist.

Bartels [17]) stellt zunächst die Behauptung auf, der mittelbare Besitz sei eine Rechtsfiktion, verknüpft mit dem kausalen Rechtsverhältnis, worin der mittelbare Besitzer mit dem unmittelbaren steht. Daraus zieht er dann die Folgerung, daß dem mittelbaren Besitzer, auf die Sache gesehen, die „tatsächliche" Gewalt fehle. Eine logische Gedankenfolge müßte genau umgekehrt vom Fehlen der tatsächlichen Gewalt auf eine Fiktion des mittelbaren Besitzes schließen. Immerhin zieht Bartels nicht die gleichen Schlußfolgerungen wie Wendt, indem er die Bedeutung des mittelbaren Besitzes auf die Gewährung des Besitzschutzes (§ 869) herabmindert, sondern, wo das BGB. den Besitzer schlechthin erwähnt, will er darunter sowohl den unmittelbaren als auch den mittelbaren verstanden wissen, soweit sich nicht ausdrücklich oder aus der Natur der Bestimmungen ein anderes ergibt. Die Widerlegung der Ansicht Bartels ergibt sich ebenfalls aus den gegen Wendt angeführten Gründen und dem noch zu führenden Beweis, daß der mittelbare Besitz echter Besitz ist.

Was für Wendt und Bartels gesagt ist, gilt auch für Müller-Erzbach. Insbesondere aber ist ihm entgegenzutreten, wenn er den klaren Wortlaut des § 868 zum Beweise der Fiktionstheorie anführt. Dort werde gesagt, daß unter gewissen Voraussetzungen mittelbarer Besitz vorhanden „ist", obwohl der Gesetzgeber offenbar nicht darüber bestimmen könne, daß in gewissen Fällen die „tatsächliche Gewalt" über eine Sache, die er als Besitz anspreche, gegeben sei und in anderen nicht. Solche Anordnungen entzögen sich der Machtbefugnis des Gesetzgebers, und wo er doch einen derartigen Versuch unternehme, könne nichts anderes als eine Fiktion herauskommen. M. E. unternimmt das Gesetz gar nicht diesen Versuch. Bei der Darlegung der eigenen Ansicht wird nachgewiesen werden, daß das Gesetz zum Begriff des mittelbaren Besitzes eine „tatsächliche" Gewalt gar nicht verlangt; daß das Moment des „Tatsächlichen" nur dem unmittelbaren Besitze, nicht aber auch dem mittelbaren wesentlich ist. Müller-Erzbach anerkennt nur ein Schutzinteresse des mittelbaren Besitzers und sieht deshalb im Institut des mittelbaren Besitzes nichts weiter als den Durchbruch des Interessenrechts durch allgemeine Rechtsprinzipien [18]).

3. Die zweite Gruppe der Schriftsteller [19]) fordert — wie die erste — zum Begriffe des mittelbaren Besitzes die Innehabung „tatsächlicher"

17) in Gruchots Beitr. Bd. 42 S. 652.
18) a.a.O. S. 366.
19) z. B. Leonhard a.a.O. S. 70; Gierke a.a.O. S. 32; Bruns a.a.O. S. 155 ff.; Loening a.a.O. zu § 868.

Gewalt über die Sache. Im Gegensatz zur ersten Gruppe ist sie aber der Meinung, daß auch der mittelbare Besitzer noch eine „tatsächliche" Gewalt über die Sache ausübt, wenn sie auch durch den unmittelbaren Besitzer bis zu einem gewissen Grade beschränkt sei. Gemäß dieser Auffassung sieht man im mittelbaren Besitz keine Fiktion, sondern einen echten Besitz. Zuerst vertrat Gierke [20]) diese Ansicht und konnte — auf das Ergebnis gesehen — triftige Gründe anführen. Er gebraucht statt des Ausdrucks „tatsächliche Gewalt" die Wendung „tatsächliche Sachherrschaft", was m. E. jedoch gleichbedeutend ist. Entscheidend ist für ihn die durch das Rechtsverhältnis zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer „fortdauernd behauptete tatsächliche Sachherrschaft, die anerkannte Position als Besitzherr, die Möglichkeit der Verfügung über die Sache" (a.a.O. S. 7, Anm. 15). Was nun die Verfügungsmöglichkeit anlangt, besagt diese m. E. für das Wesen des mittelbaren Besitzes nichts. Denn eine physische Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache hat der mittelbare Besitzer entgegen dem Willen des unmittelbaren Besitzers nicht; daß er aber z. B. über den Herausgabeanspruch oder sein Eigentum an der Sache verfügen kann, ist selbstverständlich und hat nichts Besonderes an sich [21]). Gierke sagt weiter, daß bei der weiten Ausdehnung des Besitzbegriffs das BGB. unmöglich den unmittelbaren Besitz allein als Besitz behandeln und jeder darüber stehenden Herrschaftsbeziehung zur Sache die rechtliche Eigenschaft des Besitzes absprechen konnte. Damit hätte es sich sowohl mit der Volksanschauung wie zu den Bedürfnissen des Lebens in schroffen Widerspruch gesetzt (Gutachten a.a.O. S. 30). Er weist auch mit Recht darauf hin [22]), daß ein Doppelbesitz, wie er durch § 868 geschaffen ist, dem germanischen Recht nicht fremd war, welches die Vorstellung mehrfacher Gewere an derselben Sache durchaus kannte. So ließ — wie schon erwähnt — das preuß. Landrecht gleichfalls neben dem unvollständigen Besitze den vollständigen fortdauern. Daß eine solche Anschauungsweise auch unserer heutigen Volksauffassung entspricht, wurde schon oben (S. 5) gezeigt. Gierke betont, daß in allen solchen Fällen ein mehrfaches, tatsächliches Herrschaftsverhältnis an der Sache bestehe. Die tatsächliche Gewalt des Inhabers schließe nicht aus, daß der anerkannte Besitzherr fort und fort das Bewußtsein einer Macht über die Sache behalte und allgemein als Träger einer solchen Macht vorgestellt werde. Das Band zwischen ihm und der Sache sei vorübergehend gelockert, aber nicht zerschnitten. Die Rechtsordnung gebe daher nur den wirklichen Lebensverhältnissen juristischen Ausdruck, wenn sie sowohl dem Inhaber wie dem Oberherrn Besitz zuschreibe (Gutachten a.a.O. S. 30 ff.). Endlich bringt Gierke als weiteres Argument den Wortlaut des § 868, wo es ausdrücklich heißt: „. . . so „ist" auch der andere Besitzer" anstatt: „. . . so „gilt" auch der andere als Besitzer", wie das Gesetz diese Vorschrift formuliert hätte,

---

20) Fahrnisbesitz a.a.O. S. 7 Anm. 15 und Gutachten: 24. D. J. T. Bd. 3 S. 29 ff.
21) Vgl. auch Wendt: Gutachten a.a.O. S. 5.
22) ebenso: Leonhard a.a.O. S. 70.

wenn es den mittelbaren Besitz als eine bloße Fiktion betrachtet wissen wollte.

Zu der gleichen Erkenntnis kommt Leonhard [23]). Der mittelbare Besitz beruhe nicht auf einer bloßen Fiktion, sondern auf der tatsächlichen Gewalt, die auch dem mittelbaren Besitzer neben dem Mittler eigen sei. Diese Macht sei eine tatsächliche Erscheinung in kultivierten Ländern. Der Druck der Rechtsordnung verschaffe nicht nur dem unmittelbaren Gewalthaber der Sache eine Bachtung ihrer Herrschaft, sondern auch ihren über ihnen stehenden Gewalturhebern. Deren Macht beruhe auf dem Rechtsverhältnis, das die beiden bezüglich der Sache verbindet.

Bruns [24]) weist noch darauf hin, daß der mittelbare Besitz die Tendenz hat, sich nach Beendigung des zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Besitzer bestehenden Rechtsverhältnisses wieder in den Zustand unbeschränkter Alleinherrschaft zurückzuverwandeln. Er sagt dann mit Recht: gerade darin zeige sich, daß die Übergabe zu Miete, Pfand usw. nicht Herrschaftsaufgabe, sondern Herrschaftslockerung, die Rückgabe an den Besteller nicht Begründung neuer, sondern Befestigung bestehender Sachherrschaft ist [25]).

Auch die übrigen Schriftsteller [26]), die der zweiten Gruppe angehören, bewegen sich auf der gezeigten Basis, ohne tiefergehende Ausführungen zu machen.

## § 3.

Der Ansicht dieser zweiten Gruppe vom mittelbaren Besitz als echtem Besitz ist — abgesehen von ihrem Erfordernis der „Tatsächlichkeit" der Herrschaftsausübung — m. E. im Ergebnis und in den Gründen zuzustimmen. Die Behauptung aber, daß der mittelbare Besitzer noch eine „tatsächliche" Gewalt oder mit anderen Worten eine „tatsächliche" Herrschaft über die Sache innehabe, ist unrichtig. Der Begriff „tatsächliche Gewalt" ist zwar sehr dehnbar, immerhin aber verlangt er m. E. eine physische Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache. Wo aber bleibt diese Möglichkeit, wenn ich weit entfernt von meinem Wohnsitz — etwa in einer anderen Stadt — eine Sache vermiete, verpachte oder in Pfand gebe? Wie kann man noch von der Innehabung einer „tatsächlichen" Gewalt sprechen, wenn der unmittelbare Besitzer meiner Sache jede „tatsächliche" Einwirkungsmöglichkeit nach seinem Belieben verhindern kann? Die Volksanschauung sieht in der Beziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache auch nicht notwendig eine „tatsächliche", sondern lediglich eine „Herrschaftsbeziehung", die auch m. E. beim mittelbaren Besitz stets vorhanden ist. Wäre mittelbarer Besitz = Innehabung der „tatsächlichen" Gewalt, dann würde er schon unter § 854 fallen, und das Rechts-

---

23) a.a.O. S. 70.
24) a.a.O. S. 156.
25) ebenso M. Wolff § 8 I.
26) Vgl. u. a. Staudinger zu § 868 IV; Eck: Vorträge Bd. 2 § 1 S. 14; Crome § 345 S. 30; Heck § 8, 1 S. 31; Bekker a.a.O. S. 42; Loening zu § 868.

institut des mittelbaren Besitzes wäre überflüssig [24]). Zu dem Erfordernisse des „Tatsächlichen“ kommen die genannten Schriftsteller auf Grund der m. E. falschen Auffassung, „Besitz“ sei identisch mit „tatsächlicher“ Gewalt. Ihr Ausgangspunkt sind die Bestimmungen der §§ 854 und 856, wo schlechthin gesagt wird, der Besitz werde durch die Erlangung der „tatsächlichen“ Gewalt erworben bzw. durch ihren Verlust beendigt. Das Gesetz hat aber in den §§ 854 (= unmittelbarer Besitz), 855 (= Besitzdienerschaft) und 868 (= mittelbarer Besitz) drei verschiedene Besitztatbestände aufgestellt. Will man also eine diese drei Unterarten des Besitzes umfassende Begriffsbestimmung des „Besitzes“ geben, dann sind diese Vorschriften in ihrer Gesamtheit zu würdigen. In der Wissenschaft betrachtet man allerdings überwiegend den § 854 allein als Grundlage und ist dann genötigt, den § 855 als eine Ausnahme anzusehen und den mittelbaren Besitz des § 868, den man sonst nicht erklären kann, in das Moment des „Tatsächlichen“ hineinzuzwängen, wie es in § 854 nur für den unmittelbaren Besitz verlangt wird. Würdigt man dagegen die drei gemeinten Bestimmungen in ihrer Gesamtheit, so ergibt sich folgendes: Gemeinsames Merkmal ist ein „Herrschaftsverhältnis“ des Besitzers zur Sache. Dieses Herrschaftsverhältnis ist am stärksten ausgeprägt beim unmittelbaren Besitzer (§ 854), der die „tatsächliche“ Gewalt über die Sache innehat. Eine Lockerung dieser Herrschaft findet sich dann zunächst in § 855. Die Herrschaftsbeziehung des Besitzherrn zur Sache ist aber vermöge des besonders gearteten Rechtsverhältnisses, das ihn mit dem Besitzdiener verbindet, noch so stark, daß ihn das Gesetz als alleinigen Besitzer bezeichnen kann. Zu bemerken ist, daß schon dem § 855 die Innehabung „tatsächlicher“ Gewalt durch den Besitzherrn nicht mehr wesentlich ist. Auch der mittelbare Besitzer (§ 868) steht zur Sache in einer Herrschaftsbeziehung. Hier erreicht nun die Lockerung der Herrschaft die vom Gesetz äußerst zugelassene Grenze. Das Moment des „Tatsächlichen“ spielt keine Rolle mehr und ist auch regelmäßig nicht gegeben. Erfährt die Herrschaftsbeziehung zur Sache eine noch größere Lockerung, als im § 868 vorgesehen ist, dann kann von „Besitz“ nicht mehr die Rede sein.

Es darf deshalb festgestellt werden: Besitz ist jedes „Herrschaftsverhältnis“ einer Person zu einer Sache, das sich in den vom Gesetz in den §§ 854, 855 und 868 gezogenen Grenzen hält; also ein Herrschaftsverhältnis mit der stärksten Bindung in § 854 und der gesetzlich noch erlaubten größtmöglichen Auflockerung in § 868. Diese Begriffsbestimmung zeigt, daß die drei Unterarten des Besitzes auf den im gezeigten Rahmen sich bewegenden gemeinsamen Oberbegriff „Sachherrschaft“ gebracht werden können. Bei dieser m. E. richtigen Auffassung des Besitzbegriffs zeigt es sich, daß § 855 keine Ausnahme und, worauf es uns hier vor allem ankommt, der mittelbare Besitz ebenfalls ein echter Besitz im Sinne des Gesetzes ist. Bei näherem Zusehen erhellt, daß das Herrschaftsverhältnis des mittelbaren Besitzers zur Sache hergestellt

---

27) Rosenberg § 868 III 2.

wird durch das Rechtsverhältnis, das den mittelbaren Besitzer mit dem Besitzmittler verbindet, ferner getragen wird durch die Volksanschauung, die die Herrschaftsbeziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache noch als Besitz anerkennt. Im Vergleich zum unmittelbaren Besitz ist der mittelbare Besitz mehr sozialer Art; er ist bis zu einem gewissen Grade vergeistigt.

Die dritte Gruppe der Schriftsteller stimmt mit unserer Ansicht im Ergebnis und darin überein, daß zum Begriff des mittelbaren Besitzes die Innehabung „tatsächlicher" Gewalt seitens des mittelbaren Besitzers nicht erforderlich ist. Ihre Ausführungen werden deshalb noch unterstützend herangezogen.

So sagt Rosenberg[28]), man dürfe nicht in den Fehler verfallen und behaupten, der mittelbare Besitz sei ein Verhältnis „tatsächlicher" Gewalt[29]). Denn dieser Begriff sei durch § 854 für den unmittelbaren Besitzer festgelegt. Das BGB. stehe mit der Anerkennung des mittelbaren Besitzes auf dem Boden der Anschauungen der Gesellschaft, wie im Besitzrecht überhaupt.

Desgleichen hebt Männer[30]) richtig hervor, daß die Beziehungen des mittelbaren Besitzers zur Sache nicht „tatsächlicher", sondern rechtlicher Natur sind; jedenfalls sei mittelbarer Besitz auch dann gegeben, wenn demjenigen, der eine Sache in Nießbrauch oder in Miete usw. gegeben habe, jede, auch die geringste Einwirkung auf die Sache unmöglich gemacht ist. Zur gleichen Erkenntnis kommt Endemann[31]) mit der Auffassung, der Besitz als sozialer Gewaltbegriff sei nicht zwingend an das räumliche Verhältnis der Sache und an die tatsächliche Sachherrschaft gebunden.

Auch Strohal[32]) sieht die Innehabung „tatsächlicher" Gewalt für den mittelbaren Besitz als nicht wesentlich an. Er kommt aber deshalb zu dem Ergebnis, der mittelbare Besitz sei ein Besitz besonderer Art[33]).

Die Ausführungen zeigen m. E., daß der mittelbare Besitz trotz seiner Vergeistigung als echter Besitz mit dem Gesetz und der Lebensanschauung in vollem Einklang steht. Dazu mag abschließend noch eine treffende Äußerung Gierkes angeführt werden. Er führt[34]) aus: „Der Begriff des Besitzes ist ein Rechtsbegriff. Alle Rechtsbegriffe aber sind geistige Gebilde, die nur durch Abstraktion von der sinnlich erschauten Wirklichkeit zustandekommen. So verliert auch der mittelbare Besitz dadurch, daß er nur mit dem geistigen Auge unter Zuhilfenahme der Lebenserfahrung und unter Würdigung der Rechtsverhältnisse gesehen werden kann, nichts an Realität".

---

28) a.a.O. § 868 III, 2.
29) ebenso: Aravantinos a.a.O. S. 113.
30) a.a.O. § 14 Anm. 9 S. 126.
31) a.a.O. § 32 S. 160.
32) a.a.O. S. 19.
33) ebenso: Turnau-Förster zu § 868, 1.
34) Gutachten a.a.O. S. 32.

## 3. Abschnitt.

# Die allgemeinen Voraussetzungen für die Begründung mittelbaren Besitzes.

## 1. Kapitel:

### Der Begriff des „ähnlichen Verhältnisses“ in § 868 BGB.

Der Begriff des „ähnlichen“ Verhältnisses in § 868 ist äußerst bestritten. Man hat in der Wissenschaft immer wieder den Versuch unternommen, das bestimmende Merkmal zu finden. Bei Durchsicht des vorhandenen Schrifttums fällt zunächst die große Zahl der Theorien auf, die sich über das „ähnliche“ Verhältnis herausgebildet haben. Unterzieht man nun die vorhandenen Meinungen einer Kritik, so muß man die Feststellung machen, daß sie zwar mehr oder weniger der Lösung des Problems nahekommen, keine aber eine endgültig befriedigende Lösung gebracht hat. Cosack [35]) hält eine genaue Bestimmung des „ähnlichen“ Verhältnisses für unmöglich. Die Fassung des Paragraphen sei unbestimmt, und deshalb sei die Entscheidung aller Fragen höchst problematisch.

Zunächst werden die vorhandenen Ansichten angeführt und einer kritischen Würdigung unterzogen.

### § 1.

Man hat die Frage aufgeworfen, ob dem Ausdruck „ähnlich“ in § 868 überhaupt eine selbständige, die „Ähnlichkeit“ zu einem weiteren Erfordernis stempelnde Bedeutung zukommt [36]). Thiesing führt aus: man könnte der Meinung sein, daß der Inhalt des „ähnlichen“ Verhältnisses durch den nachfolgenden Relativsatz: „vermöge dessen er einem anderen gegenüber auf Zeit berechtigt oder verpflichtet ist“ völlig ausgeschöpft sei, daß also ein jedes Verhältnis, auf das jener Satz zutrifft, das Prädikat „ähnlich“ verdiene, mit anderen Worten, daß der Relativsatz die Begriffsbestimmung des „ähnlichen Verhältnisses“ enthalte.

Eine solche Ansicht wäre völlig abwegig und wird in der Wissenschaft auch nicht vertreten. Thiesing widerlegt selbst seine Frage mit treffenden Gründen. Hätte das Gesetz dem Ausdruck „ähnlich“ keine selbständige Bedeutung beimessen wollen, so hätte es ihn ganz weglassen können oder hätte stattdessen von einem „sonstigen“ oder einem „anderen“ Verhältnisse gesprochen. Wollte man jedes Rechtsverhältnis, kraft dessen jemand einem andern gegenüber auf Zeit zum Besitze einer Sache berechtigt oder verpflichtet ist, das aber die geforderte „Ähnlichkeit“ mit den in § 868 genannten Fällen nicht aufweist, als Besitzmittlungsverhältnis gelten lassen, dann würde man den mittelbaren Besitz entgegen dem Wortlaut des Gesetzes und seinem Zwecke allzusehr verflüchtigen. „Wo das Gesetz

35) a.a.O. § 193a.
36) so: Thiesing a.a.O., S. 245. Vgl. auch Staudinger § 868 I 2b.

will, daß die Begriffsbestimmung der Ähnlichkeit aus den zuerst angeführten Beispielen abgelöst werden soll, begnügt es sich mit der einfachen Verweisung auf ähnliche: Erzeugnisse, Urkunden, Einwirkungen, Bearbeitungen, Rechte usw. ohne nähere Charakterisierung; man vergleiche die §§ 98 Nr. 2, 593, I, 807, 827, 906, 950, I, 2, 1073"[37]).

## § 2.

Nach dem Gesagten kann kein Zweifel bestehen, daß dem Ausdruck „ähnlich" in § 868 eine besondere Bedeutung zukommt. Es fragt sich nur, worin das besondere Merkmal der „Ähnlichkeit" zu finden ist.

1. Strohal[38]) sieht die Ähnlichkeit darin, daß „überall dort, wo dem unmittelbaren Besitzer ein mittelbarer Besitzer gegenüberstehe, der erstere den ihm zukommenden Besitz als einen ihm von dem letzteren auf Zit „anvertrauten" zu behandeln habe". Man kann das so verstehen, daß der Besitzmittler den Besitz gerade von dem mittelbaren Besitzer erhalten haben müsse[39]). Daraufhin deutet eine Bemerkung Strohals[40]), der in dem „anvertrauten" einen Umstand sieht, vermöge dessen der gegenwärtige unmittelbare Besitzer sein nur zeitliches Recht zum Besitze von dem Überlassenden ableitet.

Der Ansicht Strohals kann nicht zugestimmt werden[41]). Sie enthält m. E. eine unbewiesene Einschränkung[42]). Das Merkmal „anvertraut" paßt nicht auf die Fälle, in denen der Besitzmittler seinen Besitz lediglich auf Grund einer gesetzlichen Bestimmung oder infolge gerichtlicher Einweisung erlangt hat. Es gehören hierher z. B. das Besitzrecht des Ehemannes, des Testamentsvollstreckers, des Konkursverwalters und des Zwangsverwalters. Auch sie sind Besitzmittler. Wollte man auch annehmen, daß in den Fällen der gerichtlichen Einweisung der Besitz dem Besitzmittler vom Richter „anvertraut" sei, so kann dennoch von anvertrauen nicht mehr die Rede sein, wenn das Recht oder die Pflicht zum Besitze ausschließlich durch das Gesetz begründet ist, wie z. B. beim ehemännlichen oder elterlichen Verwaltungs- und Nutzungsbesitz. Daß aber auch in all diesen Fällen mittelbarer Besitz vorhanden ist, nimmt Strohal selbst an[43]), gibt damit m. E. aber gleichzeitig sein Merkmal des „anvertrauens" auf[44]).

2. Wendt[45]) legt das Hauptgewicht auf den „Restitutionsanspruch" des mittelbaren Besitzers, der ihm zu den eigenen Besitzrechten verhelfe, kraft dessen er also die Sache wieder an sich zu ziehen imstande sei. Er

---

37) so Endemann a.a.O. § 32, 2 Anm. 8 S. 162.
38) a.a.O. S. 20 ff.; ebenso Gaertner a.a.O. S. 148; Pudor a.a.O. S. 314/15.
39) Leonhard a.a.O. S. 60.
40) a.a.O. 22.
41) ebenso: Leonhard a.a.O. S. 60; Isay a.a.O. S. 274 ff. Rosenberg § 868 II 2 b, c S. 127; Rümelin a.a.O. S. 263.
42) Vgl. auch Rümelin a.a.O. S. 263.
43) a.a.O. S. 20 ff.
44) ebenso: Leonhard a.a.O. S. 61.
45) in Arch. ziv. Prax. Bd. 87 S. 45.

stüt seine Ansicht auf die §§ 870, 931, 934, wo auf diesen Rückgabeanspruch verwiesen sei. In diesen Bestimmungen ist aber nicht von einem Rückgabeanspruch, sondern von einem Herausgabeanspruch die Rede. Von einem Rückgabeanspruch kann nur dann gesprochen werden, wenn die Sache sich vorher schon im Vermögen des mittelbaren Besitzers befunden hat. Zwar ist das beim mittelbaren Besitz häufig, aber nicht immer der Fall. So z. B. nicht, wenn ein Beauftragter aus dritter Hand den Besitz für den Auftraggeber erwirbt und dann auf Grund eines Verhältnisses des § 868 vermittelt. Sollte auch Wendt unter „Rückgabeanspruch" den „Herausgabeanspruch" gemeint haben, so ist seine Ansicht dennoch unzutreffend, denn ein Herausgabeanspruch begründet trotz seiner Bedeutung in § 868 als solcher allein noch keinen mittelbaren Besitz. Man denke nur an den Anspruch des Eigentümers aus § 985 BGB.

3. Im Schrifttum wird weiter die Ansicht vertreten, das Merkmal der „Ähnlichkeit" bestehe darin, daß der Besitz [46]) oder das Besitzrecht [47]) des Besitzmittlers von dem mittelbaren Besitzer „abgeleitet" sein müsse.

So sagt Wendt [48]), daß „von abgeleitetem Besitz demnächst mit voller Berechtigung des Wortes wird gesprochen werden dürfen, da sich das Gesetzbuch selbst desselben bediene". Letzteres ist jedoch unzutreffend. In den von Wendt gemeinten §§ 941, 986, 991 ist nicht von abgeleitetem „Besitz" die Rede, sondern vom Besitzer, der sein „Recht" zum Besitze vom mittelbaren Besitzer ableitet. In der Auffassung Wendts und der anderen Vertreter dieser Meinung steckt auch die Behauptung, daß der Besitz immer von dem mittelbaren Besitzer erlangt werden müsse, daß mit anderen Worten die Sache zuerst im Besitze des mittelbaren Besitzers gewesen sein muß. Das Gegenteil ergibt sich jedoch aus § 930. Dort handelt es sich um die Vereinbarung eines Rechtsverhältnisses, vermöge dessen der Erwerber den unmittelbaren Besitz an einer Sache erlangt, die sich bisher weder in seinem unmittelbaren noch mittelbaren Besitze befunden zu haben braucht. Ebenso hatte derjenige, der den mittelbaren Besitz auf Grund der Abtretung des Herausgabeanspruchs gemäß § 870 erlangt hat, regelmäßig die Sache vorher nicht in seinem Besitz. Ferner ist der Verpächter auch mittelbarer Besitzer der Sachen, die der Pächter gemäß § 588 neu angeschafft hat und die mit der Einverleibung in das Inventar Eigentum des Verpächters werden. Mit dem Gesagten läßt sich das Erfordernis eines abgeleiteten „Besitzes" nicht vereinbaren.

Die Schriftsteller, die, statt eines abgeleiteten „Besitzes" die Ableitung des „Besitzrechts" oder der Besitzpflicht des Mittlers vom mittelbaren Besitzer verlangen, glauben für ihre Ansicht einen Anhaltspunkt zu haben in den schon erwähnten §§ 941, 986, 991, in denen als Voraus-

---

46) so Wendt a.a.O. S. 44; Fischer-Henle § 868 Nr. 4 Gierke a.a.O. § 114 Ziff. 5; Matthiaß a.a.O. § 145 S. 434.

47) so M. Wolff § 8 II a; Biermann § 868, 2 c; Crome § 345, 1; Goldmann-Lilienthal § 1 Anm. 12; Thiesing a.a.O. S. 249; Warneyer § 868 II; Turnau-Förster § 868, 2.

48) a.a.O. S. 44.

setzung aufgestellt ist, daß das Recht zum Besitze von dem mittelbaren Besitzer abgeleitet sein muß. Unter Hinweis auf die genannten Bestimmungen sagt M. Wolff[49]): Nötig ist nur Besitzrechtsableitung, nicht Besitzableitung"[50]). Die genannten Vorschriften können jedoch nicht als Stütze dieser Ansicht herangezogen werden. Gerade § 868 vermeidet das Wort. Wenn nun in den drei Bestimmungen von „abgeleitet" gesprochen wird, so handelt es sich daselbst nur um eine Anpassung an besondere Fälle[51]). So könnte z. B. der gesetzliche Vertreter gegenüber der Klage des Eigentümers nicht gemäß § 991 geltend machen, daß die dort aufgestellten Voraussetzungen bei seinem mittelbaren Besitzer, dem Mündel, nicht vorliegen. Denn es handelt sich in diesem Falle nicht um ein von dem Mündel als mittelbarem Besitzer abgeleitetes Besitzrecht des gesetzlichen Vertreters, der seine Berechtigung kraft Gesetzes aus eigenem Rechte hat. Gleiches gilt hinsichtlich der beiden anderen Bestimmungen. Es wäre auch unverständlich, wenn das Gesetz ohne besonderen Grund nur in diesen Bestimmungen von „abgeleitet" redete, wenn ohnehin unter dem Besitz des Mittlers nur ein solcher zu verstehen wäre, der vom mittelbaren Besitzer abgeleitet ist. Das Gesetz spricht außerdem an anderen Stellen — §§ 1052 I, 1, 1381, 1646 — bei der Entstehung mittelbaren Besitzes nicht von „abgeleitet", sondern gebraucht die Wendung „für Rechnung eines andern"; es handelt sich nun hier gerade nicht um „abgeleiteten" Besitz[52]). Bei folgerichtiger Durchführung dieser Ansicht müßte man in allen Fällen, in denen der Besitzmittler sein Recht zum Besitze aus eigenem Recht oder infolge gerichtlicher Einweisung erlangt hat, die Entstehung mittelbaren Besitzes ablehnen. Man würde damit eine Reihe wichtiger Besitzmittlungsverhältnisse als solche ausscheiden. Daß aber auch hier mittelbarer Besitz besteht, geben die Vertreter dieser Ansicht im Widerspruch zu ihrer Auffassung zu[53]). Aus diesen Gründen ist ihre Ansicht als zu eng abzulehnen.

Staudinger[54]) und Petri[55]), der sich auf Staudinger beruft, meinen, es müsse genügen, daß das Besitzgrundverhältnis als Ganzes und allgemein gedacht von dem mittelbaren Besitzer sich ableitet. Diese Ansicht führt zur selben Einengung wie die vorher erwähnte. Sie findet im Gesetz keine Stütze und ist mit denselben Gründen zu widerlegen, die für die vorher bekämpfte Meinung angeführt wurden.

4. Noch anders Leonhard[56]). Er sieht es als wesentlich an, daß „der Mittler den Besitz immer auf Kosten des fremden Vermögens erwerbe und daher der mittelbare Besitzer immer ein Vermögensopfer bringe. Dies Opfer sei in den meisten Fällen die Überlassung eben dieses Besitzes.

---

49) a.a.O. § 8 I 1 a.
50) Dieser Ansicht hat sich auch das RG in Bd. 49 S. 173 angeschlossen.
51) ebenso: Endemann § 32 Anm. 13.
52) ebenso Endemann § 32 Anm. 13.
53) z. B. Wolff § 8 I 1 c; Gierke a.a.O. § 114 Anm. 38.
54) a.a.O. § 868 I 2 b.
55) a.a.O. S. 383.
56) a.a.O. S. 61; ebenso: Petri a.a.O. S. 383; vgl. auch Staudinger § 868 I 2 b.

Es könne aber auch in einer anderen Vermögensminderung bestehen, z. B. darin, daß er eine Forderung verliert oder eine Schuld erlangt". Diese Ansicht hat nun vor den bisher genannten den Vorteil, daß sie weiter gefaßt ist und infolgedessen die wichtigen Fälle mitumfaßt, in denen der Besitz des Mittlers auf eigenem Recht oder gerichtlicher Einweisung beruht. Aber auch diese Ansicht trifft m. E. nicht das Richtige [57]. Abgesehen davon, daß sich im Einzelfall nicht immer mit Bestimmtheit wird ermitteln lassen, ob ein Umstand als Vermögensminderung anzusehen ist oder nicht, gibt es auch Besitzmittlungsverhältnisse, bei denen auf seiten des mittelbaren Besitzers eine Vermögensminderung nicht eingetreten ist. Eine Vermögensminderung liegt z. B. nicht vor:

a) „wenn jemand von einem anderen in meinem Auftrag eine Sache in Empfang nimmt, welche mir der andere in ungültiger Weise zu schenken versprochen hat oder ohne vorgängiges Versprechen mir zu schenken beabsichtigt" [58];

b) „wenn ein Bevollmächtigter ein indebitum einkassiert, oder wenn etwa der von ihm abgeschlossene Kauf nichtig ist und also die actio venditi gar nicht entsteht — so ist zwar der Geschäftsherr mittelbarer Besitzer geworden, aber ein Vermögensopfer hat er nicht erlitten" [59].

c) Ebenso erlangt der auftraggebende Gläubiger an den vom Gerichtsvollzieher gepfändeten und in Besitz genommenen Sachen mittelbaren Besitz, ohne selbst ein Vermögensopfer zu erleiden [60].

Es lassen sich noch weitere solcher Beispiele bilden. Die Ansicht Leonhards hat auch nicht den Wortlaut des Gesetzes für sich; denn § 868 sagt nichts davon, daß bei der Begründung mittelbaren Besitzes auf seiten des mittelbaren Besitzers eine Vermögensminderung eingetreten sein müsse. Aus diesen Gründen scheint mir auch das Merkmal „Vermögensminderung" nicht wesentlich zu sein.

5. Teils unter Anlehnung an die vorerwähnten Ansichten, aber auch selbständig wird weiter die Meinung vertreten, der Besitz des mittelbaren Besitzers beruhe auf der „Anerkennung" des Besitzmittlers [61]. Nach dieser Ansicht soll also der Wille des Besitzmittlers ausschlaggebend sein. Die Unrichtigkeit dieser Meinung wird dargelegt werden in dem besonderen Kapitel, das über das Willensmoment bei der Begründung des mittelbaren Besitzes handeln wird. Die Andeutung der Ansicht muß deshalb an dieser Stelle genügen.

Als Ergebnis der bisherigen Untersuchung ist festzustellen, daß keine der genannten Ansichten eine befriedigende Antwort gibt auf die Frage, wann ein Rechtsverhältnis als „ähnlich" i. S. des § 868 anzusehen ist.

---

57) ebenso Isay a.a.O. S. 274; Linke a.a.O. S. 5; Przibilla in JW 1908 S. 396.

58) Beispiel von Rohde, Studien XXI S. 28.

59) Beispiel von Isay a.a.O. S. 275.

60) ebenso: Przibilla in JW 1908 S. 397.

61) Gierke, D. Pr. R. § 114 S. 219; Cosack a.a.O. § 193 a I 1 b S. 90/91; Crome a.a.O. § 345, 1 a S. 32; Landsberg a.a.O. § 172, 1 c. S. 631; Przibilla in JW 1908 S. 397.

Daß diese Frage in den vorerwähnten Ansichten eine befriedigende Beantwortung nicht gefunden hat, liegt m. E. daran, daß man ausnahmslos versucht hat, ein „einziges" Merkmal aufzufinden, bei dessen Vorhandensein im Einzelfalle dann die „Ähnlichkeit" mit den in § 868 genannten Rechtsverhältnissen gegeben sein soll. Man könnte es beinahe als sicher ansehen, daß ein solch schwieriger Versuch nicht den gewünschten Erfolg bringen kann.

6. Wohl auf Grund dieser Erkenntnis wird in den neueren Auflagen des Kommentars von Planck[62]) auf jede Definition des Begriffes „ähnlich" in § 868 verzichtet. Zur Erkenntnis der ähnlichen Verhältnisse wird auf die besonderen Typen der Rechtsverhältnisse hingewiesen, die in § 868 ausdrücklich genannt sind. So erwähne das Gesetz zunächst Nießbraucher und Pfandgläubiger oder ähnliches. Es seien dies die dinglichen Rechte an fremder Sache, die mit dem Recht zum Besitze der Sache verbunden sind. Von den Schuldverhältnissen nenne das Gesetz einerseits Pacht und Miete, die zum Besitz berechtigen, andererseits die Verwahrung, die zum Besitze verpflichtet, also Rechtsverhältnisse, in welchen der Eigentümer oder wer es sonst sein möge die Sache . . . einem anderen entweder zum Gebrauche oder zur Nutzung oder zwecks einer vertragsmäßig festgesetzten pflichtmäßigen Behandlung, Aufbewahrung, Bewachung, Beförderung usw., auf Zeit überlassen. Am klarsten kommt die Ansicht zum Ausdruck in den folgenden Ausführungen: „Indem das Gesetz die erweiternde Wendung „oder in einem ähnlichen Verhältnisse usw." gebraucht, verzichtet es auf eine Definition des Begriffs und legt der Rechtsanwendung dei Idee ans Herz. Es kann zu nichts führen und ist falsche Methode, wenn nun die Wissenschaft doch wieder nach einer Definition sucht. Die Typen des Pfandrechts, der Miete, der Verwahrung müssen wir als den Maßstab an das jeweilige Verhältnis anlegen".

Dieser Verzicht auf eine Definition kann nicht gebilligt werden, denn da die in § 868 nicht aufgezählten Rechtsverhältnisse den daselbst genannten nur „ähnlich", nicht aber „gleich" zu sein brauchen, bleibt jedesmal die Frage ungeklärt, in welchen Punkten das Besitzmittlungsverhältnis den in § 868 genannten Typen nun ähnlich sein muß und in welchen nicht. Verzichtet man auf eine Definition, dann überläßt man es der Willkür des Einzelnen, ob er ein spezielles Verhältnis als „ähnlich" mit den in § 868 aufgezählten Verhältnissen ansehen will oder nicht. Die Wissenschaft hat gerade hier die Aufgabe, eine Definition und damit einen festen Maßstab zu finden.

## § 3.

In den folgenden Ausführungen wird versucht, eine eigene Ansicht aufzustellen, die den Nachweis erbringen soll, daß das Gesetz selbst in eindeutiger Weise die Erfordernisse aufgestellt hat, die im Einzelfalle erfüllt sein müssen, damit ein Rechtsverhältnis den im § 868 genannten

62) Vgl. 5. Aufl. (1932) § 868, 2 b β.

Verhältnissen „ähnlich“ ist. Es wird dabei der in den bisher erwähnten Ansichten gemachte Fehler vermieden, ein einziges Merkmal als bestimmendes Kriterium aufzustellen.

1. Erste Voraussetzung ist immer, daß sich die Sache im unmittelbaren Besitze des Besitzmittlers befindet. Hat dieser die Sache noch nicht oder nicht mehr in seinem unmittelbaren Besitz, dann ist eine Besitzmittlung ausgeschlossen (§ 868).

2. Das ähnliche Verhältnis muß ein „Rechtsverhältnis“ sein[63]. Das ergibt sich schon aus § 868 selbst, denn die dort aufgezählten Verhältnisse sind ausschließlich Rechtsverhältnisse. Das Gesetz spricht dieses Erfordernis eindeutig in § 930 aus. Es verlangt daselbst, daß zwischen dem Eigentümer und dem Erwerber ein „Rechtsverhältnis“ vereinbart wird, vermöge dessen der Erwerber den mittelbaren Besitz erlangt. In dieser Gesetzesbestimmung sind unbestritten die Rechtsverhältnisse des § 868 gemeint. Gleiches erhellt aus § 76 ZPO. Dort ist die Rede von dem verklagten Besitzer, der die Sache auf Grund eines „Rechtsverhältnisses“ der in § 868 des Bürgerlichen Gesetzbuchs bezeichneten Art zu besitzen behauptet. Ein Rechtsverhältnis muß zwischen dem Besitzmittler und dem mittelbaren Besitzer immer vorhanden sein. Es bildet die feste Grundlage für die Besitzmittlung[64]. Ob das „ähnliche“ Verhältnis des § 868 auf Grund eines Vertrages oder kraft Gesetzes entstanden ist, ist gleichbedeutend[65]. So nennt § 868 selbst das Verhältnis des Pfandgläubigers das durch Parteivereinbarung oder auch kraft Gesetzes entstehen kann. Es muß ein konkret bestimmtes Rechtsverhältnis sein[66].

3. Als drittes Erfordernis verlangt das Gesetz einen „Anspruch“ des mittelbaren Besitzers gegenüber dem Besitzmittler „auf Herausgabe“ der Sache. Gierke sagt[67]: „Ein Merkmal, das nicht fehlen darf, ist der dem mittelbaren Besitzer gegen den unmittelbaren Besitzer zustehende Anspruch auf Herausgabe der Sache“. Wenn gemäß § 868 der Mittler nur „auf Zeit“ zum Besitze der Sache berechtigt oder verpflichtet sein darf, so ergibt sich daraus ohne weiteres, daß der mittelbare Besitzer beim Ablauf dieser Zeit einen Herausgabeanspruch gegen den Besitzmittler hat[68]. Wie das Erfordernis des „Rechtsverhältnisses“ in § 930, so ist auch das Erfordernis des „Herausgabeanspruchs“ im Gesetz in § 870 eindeutig ausgesprochen. Gemäß dieser Vorschrift kann der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der „Anspruch auf Herausgabe“ der Sache abgetreten wird[69]. Ohne einen

---

63) Leonhard a.a.O. S. 60; Rosenberg a.a.O., § 868, II b α; Neumann a.a.O. § 868, 3 b; Bartels a.a.O. S. 659.
64) ebenso: z. B. Leonhard aa..O. S. 71; Kohler a.a.O. S. 76.
65) unbestritten. Vgl. z. B. Staudinger § 868 II 2; RG Bd. 59 S. 201; Bd. 94 S. 341; Bd. 98 S. 134.
66) RG Bd. 49 S. 170; Kreß a.a.O. S. 201.
67) Gutachten a.a.O. S. 33.
68) Rosenberg § 868 II 2 b δ; Strohal a.a.O. S. 18; Rohde, Studien XXI S. 14; Kreß a.a.O. S. 202.
69) Vgl. auch § 934 in Verb. mit § 931.

solchen Herausgabeanspruch gibt es keinen mittelbaren Besitz. Im Schrifttum herrscht darüber im wesentlichen Übereinstimmung [70]).

Anderer Ansicht ist Bruns [71]). Er sagt, das Besitzkorpus sei nicht der Herausgabeanspruch, sondern das Rechtsverhältnis zwischen Herr und Mittler als Ganzes. Bruns versteht das so, daß er mittelbaren Besitz auch da annimmt, wo die Parteien den Herausgabeanspruch ausgeschlossen haben (a.a.O. S. 156). Dagegen macht Hellmann [72]) mit Recht geltend, daß durch einen solchen Ausschluß das besitzvermittelnde Rechtsverhältnis eliminiert würde, denn man ist nicht mehr berechtigt, von einer Miete z. B. zu sprechen, wo der Vermieter auf Rückgabe der Mietsache verzichtet hat. Aber auch abgesehen davon würde der Besitzmittler bei einem solchen Ausschluß des Herausgabeanspruchs nicht mehr „auf Zeit" zum Besitze berechtigt oder verpflichtet sein, was gemäß § 868 unbedingtes Erfordernis ist.

Der Herausgabeanspruch ist ein Teil der Rechte des mittelbaren Besitzers [73]). Er ist mit dem mittelbaren Besitz untrennbar verbunden; mit seiner Abtretung geht der mittelbare Besitz über (§ 870) [74]). Er bestimmt auch die Person des mittelbaren Besitzers und des Besitzmittlers. Bestellt also beim Nießbrauch oder Pfandrecht ein Nichteigentümer diese Rechte, so ist nicht der Eigentümer, sondern der Besteller mittelbarer Besitzer, weil nur mit ihm das nach § 868 erforderte Rechtsverhältnis besteht [75]). Schließe ich gemäß § 328 zu Rechten eines Dritten einen Verwahrungsvertrag mit der Abrede, daß nach Ablauf des Vertrages die Sache auch an den Dritten herausgegeben werden soll, so entsteht nicht für mich, sondern für den Dritten der Anspruch auf Herausgabe und mittelbarer Besitz an der Sache [76]). Wie § 868 zeigt, ist zur Begründung mittelbaren Besitzes nicht notwendig ein dinglicher Herausgabeanspruch, auch ein obligatorischer Anspruch genügt. Der Herausgabeanspruch stellt bei regelrechter Abwicklung des Besitzmittlungsverhältnisses für den mittelbaren Besitzer künftigen unmittelbaren Besitz in Aussicht [77]). Der mittelbare Besitzer kann durch ihn nach Beendigung des Besitzmittlungsverhältnisses die Sache wieder an sich ziehen. Das Besitzmittlungsverhältnis braucht aber nicht notwendig darauf angelegt zu sein, durch Erfüllung des Herausgabeanspruchs seine normale Erledigung zu finden. So kann z. B. dem Mieter erlaubt sein [78]), sich die Sache anzueignen oder zu veräußern.

---

70) Rosenberg § 868 II b δ; Biermann § 868, 2 a; Strohal Iher. Jahrb. 38 S. 18 ff.; Windscheid-Kipp I S. 795; M. Wolff § 8 I 2; Gierke, 24. D. J. T. Bd. 3 S. 33.

71) a.a.O. S. 156; ebenso: Weidemann a.a.O. S. 20; Anm. 20. Przibilla, Diss. S. 19 ff. Cosack, L b § 185 S 64.

72) in Krit. Viertelj. Schr. Bd. 50 S. 115.

73) Rosenberg § 868 II 2 a S. 117.

74) Vgl. Rosenberg § 868 II 2 a S. 117.

75) Gierke: Gutachten a.a.O. S. 33.

76) Biermann § 868, 2 a.

77) Gierke: Gutachten a.a.O. S. 33.

78) Rosenberg § 868 II 2 b δ S. 123; vgl. auch RG in Gruch. Beitr. Bd. 57, 437; RG in JW 1913 S. 492 RG in „Recht" 1913 S. 953.

Der Herausgabeanspruch ist meistens bis zum Ablauf einer bestimmten Zeit befristet. Unbefristet ist er z. B. bei der Verwahrung, da der Hinterleger gemäß § 695 jederzeit die hinterlegte Sache zurückfordern kann, auch wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist. Der Herausgabeanspruch kann auch bedingt sein. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Bedingung mit größerer oder geringerer Wahrscheinlichkeit eintritt. Ist der Herausgabeanspruch aufschiebend bedingt (§ 158, Abs. I) oder von einem Anfangstermin abhängig, so entsteht, sofern in diesem Augenblick auch die übrigen Voraussetzungen des § 868 vorhanden sind, der mittelbare Besitz durch den Eintritt der Bedingung oder des Termins [79]). Abzulehnen ist die Ansicht Rosenbergs, der bei Eintritt der Bedingung den mittelbaren Besitz bereits von der Begründung des (aufschiebend bedingten) Herausgabeanspruchs an datieren will. Für eine solche Rückwirkung ist kein Grund ersichtlich [80]). Tritt dagegen die Bedingung nicht ein, so entsteht kein Herausgabeanspruch und damit auch kein mittelbarer Besitz. Beim Eintritt einer auflösenden Bedingung (§ 158, II) wird von jetzt an der Herausgabeanspruch und damit der mittelbare Besitz beendigt [81]).

Ist der Herausgabeanspruch anfechtbar, so wird dadurch das Bestehen des mittelbaren Besitzes noch nicht gehindert. Gemäß § 142 beseitigt aber die Anfechtung den Herausgabeanspruch und den mittelbaren Besitz mit rückwirkender Kraft. Es ist in diesem Falle jedoch möglich, daß ein „ähnliches" Verhältnis des § 868, z. B. Geschäftsführung ohne Auftrag oder ungerechtfertigte Bereicherung — beides sind, wie noch zu zeigen ist, ähnliche Verhältnisse i. S. des § 868 — rückwirkend an Stelle des durch die Anfechtung vernichteten Besitzmittlungsverhältnisses tritt und aus diesem Grunde der mittelbare Besitz bestehen bleibt [82]).

Der Herausgabeanspruch muß endlich vollgültig sein [83]). Die häufig vertretene Meinung, daß ein vermeintlicher Anspruch genügt, sofern er wenigstens vom Besitzmittler als bestehend anerkannt werde, hängt mit der Ansicht zusammen, der mittelbare Besitz beruhe auf der Anerkennung durch den Besitzmittler und wird mit dieser Ansicht in dem besonderen Kapitel über die Bedeutung des Willens für die Begründung mittelbaren Besitzes zurückgewiesen werden. Schon hier ist aber gegen Planck [84]) Stellung zu nehmen, der behauptet, mit dem Herausgabeanspruch des § 870 sei auch ein nur vermeintlicher zu verstehen. Ein bloß vermeintlicher Anspruch ist, um mit Rohde [85]) zu sprechen, kein Anspruch im Sinne des Gesetzes, welches diesen Ausdruck in objektiver und nicht in subjektiver Bedeutung gebraucht. Das Gesetz würde sich anders ausgedrückt haben, wenn es auch einen nur vermeintlichen Anspruch im Auge gehabt hätte.

---

79) Vgl. dazu Rosenberg § 868 II b δ S. 124; RG in „Recht" 1910 Nr. 4091.
80) wie hier auch Kreß a.a.O. S. 206.
81) Rosenberg § 868 II b δ S. 124; Kreß a.a.O. S. 206.
82) Rosenberg § 868 II b δ S. 124.
83) Vgl. zum folgenden: Rosenberg ebd. S. 123.
84) a.a.O. § 868, 3.
85) Studien XXI S. 14.

Gegen Planck spricht auch die von ihm selbst angeführte von der Begründung des § 934 handelnde Stelle der Protokolle[86]), die davon ausgeht, daß der Erwerber durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs eine „rechtliche" Herrschaft über die Sache erlange, wenn der veräußernde Nichteigentümer mittelbarer Besitzer ist. Durch die Übertragung eines nur vermeintlichen Anspruchs erlangt man aber keine „rechtliche Herrschaft".

4. Auch das vierte Erfordernis gibt das Gesetz in § 868: der Besitzmittler muß dem mittelbaren Besitzer gegenüber auf Zeit zum Besitze der Sache berechtigt oder verpflichtet sein.

Rosenberg meint, die besondere Hervorhebung einer „Verpflichtung zum Besitze" sei ohne Bedeutung, denn wer einem anderen gegenüber zum Besitze verpflichtet sei, sei diesem anderen gegenüber auch zum Besitze berechtigt. Dem ist jedoch nicht beizupflichten. Der Verwahrer ist z. B. zum Besitze der Sache lediglich verpflichtet (§ 868). Berechtigt zum Besitze ist er nur Dritten gegenüber. Nicht aber steht ihm — worauf es gerade ankommt — gegenüber dem Hinterleger, d. h. dem mittelbaren Besitzer, ein Besitzrecht zu. Letzterer kann jederzeit die Sache zurückfordern, selbst wenn für die Aufbewahrung eine Zeit bestimmt ist (§ 695). Man könnte nun vielleicht sagen, daß der Verwahrer wenigstens bis zur Rückforderung der Sache auch dem Hinterleger gegenüber zum Besitze berechtigt sei. Auch das trifft m. E. nicht zu, denn worin sollte sich dieses Besitzrecht gegenüber dem Hinterleger äußern[87]) ? Das praktische Ergebnis der Ansichten ist jedoch dasselbe. Lediglich zu Pflichten und Lasten haben die Sache übernommen z. B. die Beauftragten, denen zur Ausführung des Auftrags eine Sache übergeben wird; es gehören dazu die Spediteure und Frachtführer, denen zur Erfüllung ihrer Vertragspflichten die Sachen übergeben sind, ferner Post und Eisenbahn, Kommissionäre und Agenten usw. Sie alle sind einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet[88]).

Das Besitzrecht oder die Besitzpflicht des Mittlers dürfen nur „auf Zeit" bestehen. Damit soll nicht gesagt sein, daß es eine fest bestimmte Zeit sein muß. Das zeigt schon das in § 868 aufgeführte Beispiel der Verwahrung; denn der Hinterleger kann jederzeit Rückgabe (§ 695), der Verwahrer in der Regel jederzeit die Rücknahme der hinterlegten Sache fordern. Das Erfordernis „auf Zeit" soll vielmehr zum Ausdruck bringen, daß das Recht oder die Pflicht zum Besitze gegenüber dem mittelbaren Besitzer von vorübergehender Dauer sein muß[89]), daß also derjenige, der dauernd besitzberechtigt ist, kein Besitzmittler sein kann[90]).

5. Diese vier vom Gesetze aufgestellten Erfordernisse müssen immer erfüllt sein. Das Wesentlichste ist nun m. E. die Erkenntnis ihres inneren

86) Prot. III S. 210.
87) Wendt in Arch. ziv. Prax. Bd. 87 S. 60.
88) Wendt, ebd.
89) Rohde, Studien XXI S. 16; Windscheid-Kipp I S. 795; Neumann § 868, 3 b.
90) Rosenberg § 868 II b β, S. 121.

Zusammenhanges, der die Lösung des Problems gibt. Dieser Zusammenhang besteht darin, daß erstens der „Herausgabeanspruch" und ebenso zweitens die „Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze der Sache" immer mit dem „Rechtsverhältnis" in einem Kausalitätsverhältnis stehen müssen. Der Anspruch auf Herausgabe der Sache muß dem mittelbaren Besitzer gerade aus diesem Rechtsverhältnisse heraus entstanden sein. Damit ist eine scharfe Abgrenzung gegeben von anderen Herausgabeansprüchen, die der mittelbare Besitzer noch nebenher haben kann, die aber nicht auf diesem Rechtsverhältnisse beruhen. Ebenso muß die „Berechtigung oder Verpflichtung zum Besitze der Sache" gegenüber dem mittelbaren Besitzer gerade durch dieses selbe Rechtsverhältnis begründet sein. Wiederum fordert das Gesetz selbst den Kausalzusammenhang. Für den Herausgabeanspruch ergibt sich das Erfordernis der Kausalität aus § 870, denn mit dem dort genannten „Anspruch auf Herausgabe der Sache" ist unbestritten der Anspruch gemeint, der kausal aus einem der in § 868 aufgezählten und folglich auch der „ähnlichen" Rechtsverhältnisse entstanden ist. Daß ferner auch das „Recht oder die Pflicht zum Besitze der Sache" kausal aus demselben Rechtsverhältnis entstanden sein muß, besagt § 868 mit den Worten: „. . . ein Verhältnis, „vermöge dessen" er einem anderen gegenüber auf Zeit zum Besitze berechtigt oder verpflichtet ist". Dieses Erfordernis der Kausalität kommt noch schärfer zum Ausdruck in § 76 ZPO. Es heißt dort: „Wer als Besitzer einer Sache, die er „auf Grund" eines Rechtsverhältnisses der in § 868 BGB. bezeichneten Art zu besitzen behauptet . . .".

Diese kausale Entstehung von „Herausgabeanspruch" einerseits und „Besitzrecht oder Besitzpflicht" anderseits aus dem einen gemeinsamen Rechtsverhältnis und der dadurch geschaffene enge Zusammenhang der drei Erfordernisse miteinander geben das Abbild des „ähnlichen" Verhältnisses in § 868. Mit diesem kausalen Zusammenhang sind diese vom Gesetz aufgestellten Erfordernisse allen in § 868 genannten Rechtsverhältnissen gemeinsam. Alle Rechtsverhältnisse nun, die diesen Erfordernissen in vollem Umfange genügen, sind als den in § 868 genannten Rechtsverhältnissen „ähnlich" anzusehen. Nicht mehr und nicht weniger wird durch das Gesetz selbst verlangt [91]) [92]).

Zusammenfassend kann festgestellt werden: „Ähnlich i. S. des § 868 **sind alle Rechtsverhältnisse, aus denen kausal für den mittelbaren Besitzer ein Herausgabeanspruch und für den Besitzmittler ein Recht oder eine Pflicht zum Besitze fließen. Dazu muß sich die Sache stets in unmittelbarem Besitze des Besitzmittlers befinden.**

---

91) Auch Brockhoff hat schon auf diese Kausalität hingewiesen (a.a.O. S. 35), weicht aber von unserer Ansicht insofern erheblich ab, als er es für wesentlich hält, daß das Besitzrecht des Mittlers vom mittelbaren Besitzer „abgeleitet" sein müsse (a.a.O. S. 38). Er meint weiter, daß evtl. das Merkmal „anvertraut" verwendet werden könnte (a.a.O. S. 39).

92) Vgl. bes. auch Rosenberg § 868 II 2 b δ.

## 2. Kapitel:

## Der Einfluß der Ungültigkeit des in § 868 geforderten Rechtsverhältnisses auf die Begründung mittelbaren Besitzes.

### § 1.

In der Wissenschaft bereitet es erhebliche Schwierigkeiten, wie hinsichtlich der Begründung mittelbaren Besitzes die Rechtslage zu beurteilen ist, wenn das Besitzmittlungsverhältnis (§ 868) aus irgend einem Grunde ungültig ist. Z. B. der unerkannt geisteskranke A schließt mit dem B einen Verwahrungsvertrag. Der Fall bietet dann keine Schwierigkeiten, wenn sich die Sache noch in Händen des Hinterlegers A befindet, denn solange der Verwahrer B die Sache nicht in seinem unmittelbaren Besitze hat, ist schon mangels dieser Voraussetzung mittelbarer Besitz nicht entstanden. Ist aber die Sache dem Verwahrer B auch übergeben worden, dann sind folgende Rechtsfragen zu beurteilen:

1. Entsteht auch bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses aus diesem selben Verhältnis mittelbarer Besitz, oder ist ein ungültiges Rechtsverhältnis zur Begründung mittelbaren Besitzes ungeeignet?

2. Ist, wenn man ein gültiges Rechtsverhältnis verlangt, an Stelle des ungültigen ein kraft Gesetzes entstandenes „ähnliches" Verhältnis i. S. des § 8 6 8 (ungerechtfertigte Bereicherung, Geschäftsführung ohne Auftrag?) getreten, sodaß nunmehr dieses „ähnliche" Verhältnis den mittelbaren Besitz begründet?

### § 2.

1. Von Planck erstmalig und jetzt der herrschenden Lehre [93]) wird die Ansicht vertreten, zur Begründung mittelbaren Besitzes sei nicht ein objektiv gültiges Rechtsverhältnis erforderlich, sondern es müsse auch ein ungültiges, nur in der Vorstellung der Parteien bestehendes Rechtsverhältnis genügen, sofern nur der Besitzmittler den mittelbaren Besitzer als solchen anerkennt. Ihre Hauptstütze sucht die herrschende Meinung (h. M.) in den Gesetzesmaterialien. In den Protokollen IV S. 608 wird gesagt: Der Besteller eines Nießbrauchs werde mittelbarer Besitzer, wenn der Nießbraucher den Besitz für ihn ausüben wolle. Es werde insoweit nach der richtigen Auffassung des § 824 (= 868 BGB.) nicht ein objektives obligatorisches Rechtsverhältnis zwischen dem Nießbraucher und dem Besteller erfordert, sondern es genüge, wenn der Nießbraucher

93) Planck § 868, 3; Biermann § 868, 2 d; Staudinger § 868 II, 2; RGRK § 868, 2; Endemann §31, 1 c; Gierke, D. P. R. § 114 III 5; Goldmann-Lilienthal § 1 Anm. 13; Eck, Vorträge Bd. II S. 8 Anm. 3; Leonhard a.a.O. S. 71; Kohler a.a.O. S. 76; Neumann zu § 868, 3 b; Turnau-Förster aa.O. § 868, 3; M. Wolff § 8 I, 2; Mengelkoch a.a.O. S. 132; Prot. IV S. 596, S. 608; OLG Bd. 18 S. 141.

anerkenne, für den Besteller zu besitzen. Es handelt sich hier also um den speziellen Fall der Bestellung eines Nießbrauchs. Wenn nun — wie die zitierte Stelle sich ausdrückt — „insoweit" kein objektives Rechtsverhältnis nötig sein soll, so läßt sie damit den Umkehrschluß offen, daß „anderweit" ein objektives Verhältnis oder mit anderen Worten die Gültigkeit verlangt werden muß. Wie man sich dazu auch stellen mag, so steht doch unbestritten fest, daß die Gesetzesmaterialien keine selbständige Bedeutung haben und nur in Betracht kommen können, „wenn der aus ihnen herzuleitende Gedanke im Gesetze einen (wenn auch unvollkommenen oder zweideutigen) Ausdruck gefunden hat" [94]). Daß sich aber aus dem Gesetz ein anderes ergibt, wird noch gezeigt werden.

Vor allem Planck [95]) beruft sich weiter auf die Protokolle III S. 198 zu § 930 BGB., weil hier von „der (mindestens vermeintlichen) Existenz eines solchen Rechtsverhältnisses" die Rede ist. Es geht aber aus den Ausführungen daselbst klar hervor, daß dies geschieht im Zusammenhang mit der Eigentumsübertragung beim constitutum possessorium (§ 930), in keiner Weise aber im Zusammenhang mit der Begründung mittelbaren Besitzes [96]). Die Kommission beriet damals, wie das Prinzip der Offenkundigkeit, das im Sachenrecht besonders ausgeprägt ist, bei der Eigentumsübertragung ohne Übergabe der Sache (§ 930) gewahrt werde. Die Ernstlichkeit der Parteiwillen, das Eigentum zu übertragen, soll durch das in § 930 geforderte Rechtsverhältnis nach außen hin sichtbar zum Ausdruck kommen. Daß die fragliche Stelle der Protokolle nicht anders gedeutet werden kann, geht aus ihr klar hervor. Es heißt dort: „Daß man gesetzlich den Eigentumsübergang von der (mindestens vermeintlichen) Existenz eines solchen Rechtsverhältnisses abhängig mache, diene dazu, die Ernstlichkeit des Willens der Parteien klarzustellen, daß sie die Übergabe durch eine Erklärung des Veräußerers ersetzt wissen wollten".

Gibt folglich die Berufung auf die Gesetzesmaterialien für die Ansicht der h. M. keine Stütze, so läßt sich wiederum eine andere Stelle der Materialien der h. M. entgegenhalten. Bei der Beratung des § 934 BGB. in den Protokollen III, S. 210 wird ausgeführt, „daß in dem Falle, wo der Veräußerer mittelbarer Besitzer ist (§ 934), der Erwerber durch die Abtretung des Herausgabeanspruchs eine „wirkliche rechtliche Herrschaft über die Sache erlangt". Eine „wirkliche rechtliche" Herrschaft kann man jedoch nur dann erlangen, wenn der Herausgabeanspruch und damit das Rechtsverhältnis gültig ist.

Von der h. M. wird auch der Wortlaut des § 868 herangezogen. Danach genüge es, daß der Besitzer „als" Nießbraucher, Verwahrer usw. besitze [97]). Wegen dieser Fassung glaubt man annehmen zu dürfen, daß das Rechtsverhältnis nur subjektiv in der Anerkennung des Mittlers zu

---

94) so Enneccerus-Nipperdey Bd. 1 § 50, 1 S. 146. Vgl. auch RG Bd. 11 S. 433 ff.; Bd. 14 S. 72; Bd. 16 S. 102; 194, 298; Bd. 20 S. 162; Bd. 21 S. 437; Bd. 27 S. 72, 410 ff.; Bd. 51 S. 274.

95) a.a.O. zu § 868, 3.

96) Vgl. dazu Aravantinos a.a.O. S. 115.

97) Vgl. statt anderer: Biermann § 868, 2 d.

bestehen brauche. Es ist jedoch kein Grund ersichtlich und kein Anhaltspunkt dafür gegeben, daß durch das Wörtchen „als" in § 868 ein subjektives Moment in die Bestimmung hineingetragen wird [98]). Das Wörtchen „als" ergibt sich rein sprachlich aus dem Satzbau.

Wenn nun Staudinger [99]) als Anhänger der h. M. erklärt: „wenn die Vereinbarung (des Rechtsverhältnisses) wegen Willensmängel, insbesondere wegen Willensunfähigkeit der Wirksamkeit von vornherein entbehre, so könne keine genügende Grundlage für ein Verhältnis des § 868 vorliegen", dann bleiben bei der h. M. die schon von Bruns [100]) gestellten Fragen offen und unbeantwortet:

1. Welche Mängel, die die Ungültigkeit der Kausalbeziehung bedingen, will man der Besitzvermittelung schaden lassen und welche nicht?
2. Soll auch die Anerkennung einer geschäftsunfähigen Person bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses zur Besitzvermittlung genügen?

Zu welch unmöglichen Ergebnissen die h. M. führt und daß selbst bei ihren Vertretern große Bedenken bestehen, zeigen am besten die diesbezüglichen Ausführungen bei Planck [101]). Es heißt dort: „Gehen wir weiter und behaupten wir, daß selbst, wo ein Mietvertrag und ein Herausgabeanspruch nur vermeintlich besteht, wo dieser Anspruch wiederum nur vermeintlich auf einen Dritten übertragen ist, und obendrein der Besitzer von dieser vermeintlichen Cession gar nichts erfahren hat, wo also, rechtlich betrachtet, in der Tat rein nichts geschehen ist und auch der Mieter von diesem Dritten vielleicht gar nichts weiß, er gleichwohl diesem und nur diesem Besitz vermittelt, dann wird verständlich, daß sich dagegen ein Empfinden regt, das für sich in Anspruch nehmen zu können meint, das natürliche und gesunde zu sein".

Ein Grund gegen die h. M. erhellt weiter auch aus dem Wesen des mittelbaren Besitzes. Gerade das Rechtsverhältnis vermittelt die Herrschaftsbeziehung des mittelbaren Besitzers zur Sache und muß deshalb notwendig gültig sein.

Die h. M. verstößt schließlich gegen die in § 868 geforderte Kausalität, die — wie oben (S. 21) dargelegt — zwischen den einzelnen Erfordernissen dieser Bestimmung bestehen muß. Aus § 868 ergibt sich eindeutig, daß aus dem Rechtsverhältnis eine Berechtigung oder Verpflichtung des Mittlers zum Besitze und ein Herausgabeanspruch fließen müssen [102]). Beides ist aber nur möglich, wenn das Rechtsverhältnis gültig ist. Das Gesetz spricht also für die Gültigkeit des Rechtsverhältnisses.

---

98) Rohde behauptet ohne Grund in seinen Studien XXI S. 23: „Die Worte „als Nießbraucher usw." wollen nur sagen, daß der Besitz unter dem Titel eines solchen Rechtsverhältnisses an den Mittler gelangt, daß er ihm als einem Nießbraucher, Pfandgläubiger usw. eingeräumt sein muß, eine Tatsache, die auch dann vorliegt, wenn die Bestellung des Nießbrauchs, Pfandrechts unter Überlieferung der Sache zwar tatsächlich, aber in ungültiger Weise erfolgt ist". (Gegen Rohde vgl. Bruns a.a.O. S. 159).

99) a.a.O. § 868 II 2; ebenso: RGRK § 868, 2.

100) a.a.O. S. 157.

101) a.a.O. § 868, 7.

102) Vgl. auch Isay a.a.O. S. 276; Kreß a.a.O. S. 200.

Auch das Reichsgericht[103]) steht jetzt auf dem Standpunkt, daß das Besitzmittlungsverhältnis objektiv rechtswirksam bestehen muß, und daß insbesondere der gute Glaube an das Bestehen für den Besitzerwerb ohne Bedeutung ist[104]).

2. Besonders zu erwähnen ist an dieser Stelle noch die Ansicht M. Wolffs[105]). Er ist zwar der Meinung, daß die Gültigkeit des Miet-, Pacht-, Nießbrauchsverhältnisses usw. nicht notwendig sei, mittelbarer Besitzer aber sei nur, wer einen gültigen Herausgabeanspruch hat. Bei Ungültigkeit des Mietverhältnissess sei ein aus ihm fließender Herausgabeanspruch nicht gegeben; aber es bestehe zumeist statt dessen ein anderer, oft schwächerer Herausgabanspruch, bald aus unerlaubter Handlung, bald aus auftragloser Geschäftsführung oder ungerechtfertigter Bereicherung; und solch ein Anspruch reiche zur Besitzvermittlung aus.

Mit der Forderung eines gültigen Herausgabeanspruchs weicht Wolff wenigstens in diesem Punkte schon erheblich von der h. M. ab. Seiner Meinung kann aber von unserem Standpunkt aus deshalb nicht zugestimmt werden, weil Wolff das in § 868 enthaltene Erfordernis der Kausalität übersieht. § 868 verlangt ein konkret bestimmtes Rechtsverhältnis, aus dem allein der Herausgabeanspruch fließen muß und auf dem die Besitzmittlung beruht[106]). Es ist deshalb unrichtig, den Herausgabeanspruch aus einem anderen Rechtsverhältnisse herzunehmen, um dann gemeinsam mit dem ungültigen Rechtsverhältnis mittelbaren Besitz entstehen zu lassen. Immerhin aber kommt Wolff unserer eigenen noch darzulegenden Ansicht nahe.

3. Die Gegner[107]) der h. M. lehnen bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses aus den gegen die letztere angeführten Gründen in jedem Falle die Entstehung mittelbaren Besitzes ab.

a) Eine Sonderstellung nimmt unter ihnen Aravantinos ein[108]). Er ist zwar der Meinung, daß das Verhältnis des § 868 objektiv zu verstehen, d. h. gültig sein muß[109]). Aber er glaubt, daß man diese Objektivität in doppelter Weise auslegen könne. Entweder müsse die Rede sein von einem Verhältnisse, welches dermaßen von seiner causa abhängt, daß es bei Unwirksamkeit seiner causa überhaupt nicht entsteht und folglich auch kein mittelbarer Besitz begründet wird; oder es könne darunter ein von seiner causa losgelöstes Verhältnis zu verstehen sein, welches unabhängig von der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit der causa traditionis den mittelbaren Besitz begründet. In dem letzteren Sinne möchte Aravantinos verfahren wissen, wenn man vor einem einheitlichen Rechtsgeschäfte steht, z. B. vor einem Mietsvertrag, aus welchem die Einigung über die Begründung des mittelbaren Besitzverhältnisses hervorgehe. Wäre der Mietsvertrag ungültig, so würde

103) RG Bd. 105 S. 414
104) so zitiert auch bei Staudinger § 868 II 2
105) a.a.O. § 8, I, 2.
106) ebenso: RG Bd. 49 S. 173.
107) Vgl. z. B. Fischer-Henle § 868 Anm. 4; Kreß a.a.O. S. 202; Rosenberg § 868 II b S. 123; Rohde XXI S. 14.
108) a.a.O. S. 120/21.
109) so a.a.O. S. 115.

wegen der notwendigen Auseinanderhaltung von traditio und causa traditionis der Vertrag nach Seite der Tradition und folglich für das Entstehen des mittelbaren Besitzes gelten.

Indem Aravantinos einmal ein objektiv gültiges Rechtsverhältnis verlangt, dann aber trotz Ungültigkeit desselben mittelbaren Besitz entstehen läß, widerspricht er sich. Es ist ferner kein Grund ersichtlich, weshalb das Rechtsverhältnis, wenn es ungültig ist, nach einer anderen Seite nun doch gültig sein soll. Eine solche Doppelstellung nehmen die Rechtsverhältnisse des § 868 nicht ein [110]).

b) Es kann nun kein Zweifel daran sein, daß die Lage der Parteien bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses, wenn man zur Besitzmittlung die Gültigkeit unbedingt erfordert, nach den bisher vorhandenen Theorien eine eigenartige ist. Bruns [111]) weist auf die Nachteile hin, die sich aus einer solchen Lage ergeben würden. Der Tradent hätte jeden Besitz verloren. Damit würde er auch die Eigentumsvermutung des § 1006, III verlieren, die Ersitzung würde gemäß § 940, I unterbrochen. Würde der andere infolge der Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses nicht Besitzmittler, dann hätte er nicht mehr die Möglichkeit einer laudatio auctoris gemäß § 76 ZPO. Er könnte sich ferner nicht mehr nach § 986 BGB. auf das Recht seines Oberbesitzers zum Besitze berufen.

Zur Vermeidung dieser Rechtsfolgen — meint Bruns — müsse der Einigungscharakter der mittelbaren Besitzbegründung einen Fingerzeig geben. Der zweifellose Sinn der Einigung bestehe darin, daß der Besitzer sich seines unmittelbaren Besitzes nur entäußern wolle, wenn er selbst dadurch seine Besitzherrschaft nicht verliert. Bei Ungültigkeit der Einigung sei damit auch seine Einwilligung in den Besitzverlust hinfällig geworden. Der Verlust der tatsächlichen Macht gelte nunmehr rechtlich als unfreiwillig verloren; er habe, nach der Ausdrucksweise des § 940, den Eigenbesitz ohne seinen Willen verloren, sodaß die Ersitzungszeit fortgesetzt und nicht unterbrochen werde. Bruns gibt in Auswertung seiner Ansicht dem Verlierer den Schutz gegen Eigentumsverlust gemäß § 935, II, die Klage aus früherem Recht nach § 1007, I und II, die Bewahrung vor Verlust beim Fruchterwerb nach den §§ 955, Abs. III, 940, II; schließlich könne sich dem Verlierer gegenüber niemand auf die Eigentumsvermutung des § 1006 berufen, er selbst dagegen habe die Vermutung aus § 1006, II.

Anzuerkennen ist bei Bruns, daß er wenigstens den Versuch macht, einen Weg zu finden zwecks Vermeidung der Rechtsfolgen, die sich bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses nach der Ansicht der Gegner der h. M. ergeben müssen. Den Weg zu diesem Ergebnis halten wir jedoch für verfehlt. Habe ich eine Sache nach meinem freien Willen weggeben, dann kann man hinterher bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses nicht einfach behaupten: jetzt gilt die Sache als „unfreiwillig" weggeben. Das widerspricht m. E. jeder Logik und kommt auf nichts anderes als eine Fiktion hinaus.

---

110) Gegen Aravantinos auch: Bruns a.a.O. S. 159.
111) a.a.O. S. 160.

Eine solche Fiktion ist gar nicht erforderlich. Die Lösung des Problems ergibt sich wie folgt. Zunächst sind wir wegen des Erfordernisses der Kausalität in § 868 [112]) und aus den Gründen, die gegen die h. M. angeführt wurden, auch der Meinung, daß nur vermittels eines gültigen Rechtsverhältnisses mittelbarer Besitz begründet werden kann. Das Rechtsverhältnis bildet die feste Grundlage für die Besitzvermittlung [113]). Wir haben aber gesehen, daß es nicht nur Besitzmittlungsverhältnisse kraft Parteivereinbarung, sondern auch solche kraft Gesetzes gibt. Ist z. B. ein vereinbartes Besitzmittlungsverhältnis aus irgend einem Grunde ungültig, so darf die Frage nicht übersehen werden, ob nicht an Stelle des ungültigen ein kraft Gesetzes entstandenes gültiges „ähnliches" Verhältnis i. S. des § 868 getreten ist. Und in der Tat trifft dies in den meisten — um nicht zu sagen allen — Fällen zu. An Stelle des ungültigen Rechtsverhältnisses tritt oft das Rechtsverhältnis der „Geschäftsführung ohne Auftrag", fast immer aber das der „ungerechtfertigten Bereicherung". Daß beides „ähnliche" Verhältnisse i. S. des § 868 sind, ergibt sich eindeutig aus unserer Begriffsbestimmung. Denn beide sind Rechtsverhältnisse, aus denen kausal ein Herausgabeanspruch für den mittelbaren Besitzer (§§ 681, 667; § 812) und eine Besitzpflicht für den Besitzmittler fließt. Die Besitzpflicht ergibt sich daraus, daß derjenige, der in den genannten Verhältnissen dem anderen die Sache herauszugeben hat, bis zu dieser Herausgabe zum Besitze der Sache auch verpflichtet ist. Unsere Ansicht unterscheidet sich von der M. Wolffs dadurch, daß nicht der Herausgabeanspruch aus den genannten Rechtsverhältnissen herangezogen wird, um ihn mit dem ungültigen Rechtsverhältnis zu verquicken, sondern das ganze Rechtsverhältnis als gültiges „ähnliches" Verhältnis an Stelle des ungültigen gesetzt wird, woraus sich nunmehr unabhängig von dem ungültigen Verhältnis selbständig die Besitzvermittlung ergibt. Diese Lösung wird durch das Gesetz selbst in § 868 gegeben. Sie ist m. E. einfach und vor allen Dingen praktisch. Es zeigt sich, daß all die künstlichen Konstruktionen zur Vermeidung der Rechtsfolgen, die bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses vermeintlicherweise eintreten sollen, gar nicht erforderlich sind. Das Gesetz zeigt uns den richtigen Weg, indem es erklärt, daß in solchen Fällen trotz der Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses eine Besitzvermittlung eintritt, allerdings nicht auf Grund des ungültigen, sondern infolge des an seine Stelle getretenen gültigen, kraft Gesetzes entstandenen „ähnlichen" Besitzmittlungsverhältnisses, vor allem der ungerechtfertigten Bereicherung. In praktischer Hinsicht zeitigt die gefundene Lösung immer gerechte und billige Ergebnisse [114]).

Nach der von uns dargestellten Ansicht löst das Reichsgericht einen Fall in Bd. 98 S. 134. Dort ist das Besitzmittlungsverhältnis zwischen dem Beklagten und einem anderen namens L wegen Willensmängel des

---

112) Vgl. die Ausführungen oben S. 21 dieser Arbeit.
113) Leonhard a.a.O. S. 71.
114) Eine Andeutung dieser Lösung findet sich bei Aravantinos a.a.O. S. 121 Anm. 38. Vgl. auch Windscheid-Kipp, Lb. d. Pand. Rechts S. 796.

Beklagten ungültig. L hatte die Sachen (Aktien) in Besitz genommen und gemäß dem vermeintlich bestehenden Besitzmittlungsverhältnis gehandelt. Das Reichsgericht läßt in richtiger Beurteilung des Falles an Stelle des ungültigen Besitzmittlungsverhältnisses das kraft Gesetzes entstandene Verhältnis der „Geschäftsführung ohne Auftrag" treten, das seinerseits nur den Beklagten zum mittelbaren Besitzer macht. Als Stütze unserer Auffassung ist es von Bedeutung, die Ansicht des Reichsgerichts wörtlich wiederzugeben. Es heißt dort: „Für den vorliegenden Fall ist Entstehung mittelbaren Besitzes beim Beklagten anzunehmen. Geschäftsführung ohne Auftrag i. S. des § 677 liegt vor, denn L hat die ihm von dem Beklagten aufgetragenen Rechtsgeschäfte ausgeführt, obwohl der Auftrag — was er nicht wußte — der Wirksamkeit entbehrte. Vom Augenblick der Entgegennahme der Aktien an handelte er also als Geschäftsführer und machte damit den Beklagten zum mittelbaren Besitzer der Papiere".

## 3. Kapitel:

## Zur Frage der Bedeutung des Willens für die Begründung mittelbaren Besitzes.

### § 1.

Wir haben gesehen, daß die im Rahmen des § 868 noch vorhandene Sachherrschaft des mittelbaren Besitzers, die den mittelbaren Besitz ausmacht, hergestellt wird durch das zwischen dem mittelbaren Besitzer und seinem Besitzmittler bestehende Rechtsverhältnis. Soweit es sich nun um die Begründung dieses Rechtsverhältnisses als solchem handelt, bietet die Frage des Willenserfordernisses keine Schwierigkeiten. Sie beurteilt sich wie beim Zustandekommen jedes anderen Rechtsverhältnisses, das auf Parteivereinbarung beruht. Nötig ist also volle Geschäftsfähigkeit beider Vertragspartner; bei beschränkter Geschäftsfähigkeit Zustimmung des gesetzlichen Vertreters usw. Die Frage, die uns hier interessiert, ist die, ob zu dem rechtsgeschäftlichen Willen der Parteien noch ein besonderer Besitzwille hinzutreten muß, damit der mittelbare Besitz entstehen und fortbestehen kann.

In Anlehnung an namhafte Wissenschaftler [115]) werden wir diese Frage verneinen und folgendes als richtig erkennen:

> **Kommt — gleich wie — ein Rechtsverhältnis der in § 868 gemeinten Art zustande, dann knüpft das Gesetz an diese Tatsache ohne weiteres das Entstehen mittelbaren Besitzes an, sodaß es eines besonderen Besitzwillens der Parteien nicht bedarf. Man kann des-**

---

115) Leonhard a.a.O. S. 71; Biermann zu § 868, 6 b S. 50; Rümelin a.a.O. S. 182; Petri a.a.O. S. 367 Anm. 17; Staudinger § 868 I 1 a; Rosenberg § 868 II 2 b δ; Aravantinos a.a.O. S. 115 ff.; Isay a.a.O. S. 276; Windscheid-Kipp Lb. S. 796; Kreß a.a.O. S. 200 ff.; Männer a.a.O. § 16 Anm. 5 S. 132, Anm. 21 S. 137.

**halb nicht das Rechtsverhältnis zwar wollen, das Zustandekommen des mittelbaren Besitzes aber ausschließen. Letzteres ist dem Parteiwillen entzogen.**

Die Gegenansicht bewegt sich in folgenden Richtungen: 1. Ein Besitzwille sei erforderlich, aber nur zur Begründung mittelbaren Besitzes [116]. 2. Der Wille sei auch für das Fortbestehen des mittelbaren Besitzes nötig, mit anderen Worten, durch Änderung des Willens könne der mittelbare Besitz zerstört werden [117]. 3. Der Besitzmittler müsse das Besitzmittlungsverhältnis [118] oder 4. den mittelbaren Besitzer als solchen anerkennen [119]. Endlich 5.: erforderlich sei ein bei Begründung des mittelbaren Besitzes vorhandener gleichlaufender Wille der Parteien, der sich sowohl auf das Zustandekommen des Rechtsverhältnisses als auch auf die Unterart des Besitzes (Mietbesitz, Pachtbesitz, Verwahrungsbesitz usw.) beziehen müsse [120].

Mit diesen Ansichten versucht man dem Willensdogma, wie es im römischen und gemeinen Besitzrecht bestand, auch im BGB wieder Eingang zu verschaffen [121]. Am deutlichsten kommt dies zum Ausdruck bei Last [122], wenn er behauptet: der Besitzerwerbswille des mittelbaren Besitzers gleiche dem „animus possidendi", der Wille des Besitzmittlers dem „animus allieno nomine possidendi" [123]. Und weiter: „Dem § 868 liege römisches Recht zugrunde, der Erwerb des mittelbaren Besitzes sei Besitzerwerb durch Stellvertreter". Man sieht daran, daß der Grund für die Aufstellung eines Willenserfordernisses in der römischrechtlichen Denkart seiner Vertreter zu suchen ist. Dies mag zum besseren Verständnis vorausgeschickt werden. Der Ansicht von Last ist schon hier entgegenzuhalten, daß das Rechtsinstitut des mittelbaren Besitzes eine Neuschöpfung des BGB. ist, dem römischen Recht nicht zugrunde liegt. Wenn man aber nach geschichtlichen Vergleichen sucht, so findet sich — wie bei der Wesensbestimmung des mittelbaren Besitzes schon betont wurde —, daß im Rechtsinstitut des mittelbaren Besitzes weit eher ein Durchbruch deutschrechtlicher Gedanken gesehen werden kann. Was nun den Erwerb des mittelbaren Besitzes anlangt, so ist er schon deshalb kein Besitzerwerb durch Stellvertreter, weil das Verhältnis des mittelbaren Besitzers zum Besitzmittler ein ganz anderes ist, als das eines Vertretenen zum Vertreter nach den Grundsätzen des BGB. Der Besitzmittler besitzt für sich und nicht etwa mit den unmittelbaren Wirkungen des § 164 für den mittelbaren Besitzer, mit dem er lediglich durch das rechtliche Band des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses verbunden ist [124].

116) Bruns a.a.O. S. 165 ff. (167); Endemann a.a.O. § 38 Anm. 16 S. 212; Last a.a.O. S. 97; Goldmann-Lilienthal § 1 Anm. 13 u. a.
117) Cosack a.a.O. § 193 a I a δ.
118) Przibilla, Diss. S. 24; Crome a.a.O. S. 32; Cosack a.a.O. S. 90/91.
119) Gierke, Fahrnisbes. S. 7 Anm. 15.
120) Mengelkoch a.a.O. S. 53 ff.
121) Vgl. Isay a.a.O. S. 276; Aravantinos a.a.O. S. 120.
122) in Iher. Jahrb. Bd. 63 S. 97.
123) Dagegen: vgl. Kreß a.a.O. S. 202 Anm. 591.
124) Vgl. auch Biermann § 868, 6 b.

## § 2.

Soweit in der Wissenschaft ein besonderer Besitzwille zur Begründung mittelbaren Besitzes gefordert wird, ist es zweckmäßig, eine kurze Darstellung dieser Ansichten vorauszuschicken, um sie dann gemeinsam zu widerlegen und gleichzeitig die eigene Ansicht, die von jedem Besitzwillen absieht, darzulegen.

1. Bruns [125]) spricht vom Besitzwillen des Geschäftsherrn und dem Vermittlungswillen des Besitzmittlers. Der bloße Vertrag, die Vereinbarung des Rechtsverhältnisses der in § 868 genannten Art genüge nicht, wenn nicht der Wille der Parteien darin seinen Ausdruck finde, daß der Herr mittelbaren Besitz erhalten, der Mittler also Fremdbesitz, der Herr Oberbesitz ausüben solle. Der Wille der Parteien gelte aber nicht abstrakt, sondern müsse in die Form des § 868 gekleidet sein. Es bestehe eine widerlegbare Vermutung, daß die Parteien bei Schaffung des Rechtsverhältnisses einen solchen Willen gehabt haben (a.a.O. S. 165). Wenn nun Bruns zur Unterstützung seiner Ansicht insbesondere meint, das Willensmoment trete besonders deutlich zutage beim Besitzerwerb durch einen Vertreter, so ist darauf hinzuweisen, daß der Vertreter immer auch die Möglichkeit hat, jedes Rechtsgeschäft für sich selbst abzuschließen, sich also lediglich in seiner eigenen Rechtssphäre zu bewegen, sollte dies auch dem Auftrag des Vertretenen widersprechen. Tut er das, dann entsteht das Rechtsverhältnis nur mit Wirkung für ihn selbst, und der Auftraggeber kann deshalb selbstverständlich keinen mittelbaren Besitz erlangen. Handelt er dagegen auftragsgemäß und äußert er entsprechend seinen Willen, für den Auftraggeber erwerben zu wollen, so hat diese Willensäußerung nur insofern Bedeutung, als nunmehr das Rechtsverhältnis gemäß § 164 mit unmittelbarer Wirkung für und gegen den Vertretenen entsteht, wodurch gleichzeitig der durch dieses selbe Rechtsverhältnis vermittelte mittelbare Besitz für den Vertretenen enstanden ist, ohne daß der Vertreter den besonderen Willen zu haben braucht, mittelbaren Besitz für den Vertretenen zu erwerben. Von Bruns wird unrichtigerweise der im Rahmen des Rechtsgeschäfts sich bewegende Geschäftswille des Vertreters als besonderer Besitzwille angesehen.

2. Cosack meint [126]), der Besitzmittler müsse das „Verhältnis zum mittelbaren Besitzer oder einem seiner Vorgänger bei der erstmaligen Begründung des mittelbaren Besitzes tatsächlich anerkennen und dürfe dies Anerkenntnis nachträglich nicht dauernd zurückgenommen haben". Hier wird also auch für das Fortbestehen des mittelbaren Besitzes eine Anerkennung, d. h. ein Wille, gefordert.

3. Besonders zu erwähnen ist noch die Ansicht Mengelkochs, der in einer längeren Abhandlung [127]) für das Willenserfordernis eingetreten ist. Er glaubt, der Besitztatbestand des § 868 setze sich zusammen aus dem

---

125) a.a.O. S. 164.
126) a.a.O. § 193 a I 1 a δ.
127) Mengelkoch in Iher. Jahrb. Bd. 76 S. 53 ff.

Rechtsverhältnis, der Tatsache der Entstehung unmittelbaren Besitzes beim Erwerber und dem Vorbehalt des mittelbaren Besitzes auf seiten des Übertragers (a.a.O. S. 76). Mengelkoch hält zwar ein einseitiges Anerkenntnis zur Begründung mittelbaren Besitzes nicht für ausreichend, er fordert aber den „gleichlaufenden Willen" des Übertragers, mittelbaren Besitz sich vorzubehalten, andererseits des Erwerbers (=Besitzmittlers) ihn einzuräumen (a.a.O. S. 109). Er geht noch weiter und verlangt, daß sich der „gleichlaufende Wille" der Parteien auch auf die Unterart des Besitzes (Verwahrungsbesitz, Pachtbesitz usw.) beziehen muß. Wenn der Übertrager eine Sache nur zur Verwahrung geben, der Erwerber sie aber in Verwaltung nehmen, der Übertrager sie lagern, der Ewerber sie befördern wolle . . ., dann seien die Besitzwillen nicht gleichlaufend. Für den Übertrager entstehe kein mittelbarer Besitz, für den Erwerber dagegen unmittelbarer Fremdbesitz nach seiner Willkür (a.a.O. S. 111/112).

Die Ansichten der übrigen Vertreter des Willenserfordernisses decken sich mehr oder weniger mit den dargestellten Auffassungen, sodaß sie nicht besonders wiedergegeben zu werden brauchen.

## § 3.

Die vorerwähnten Ansichten sind als unrichtig abzulehnen. Gegen sie spricht zunächst der Wortlaut des Gesetzes. In keiner Vorschrift, die sich auf den mittelbaren Besitz bezieht, ist die Rede davon, daß zur Begründung oder zum Fortbestehen des mittelbaren Besitzes ein besonderer Besitzwille oder eine Anerkennung seitens eines der Beteiligten, insbesondere des Mittlers, erforderlich ist. Vom Gesetz wird nur ein zwischen dem Mittler und dem mittelbaren Besitzer bestehendes Rechtsverhältnis der in § 868 gemeinten Art verlangt. Soweit nun die Gegenansicht in dem Wörtchen „als" in § 868 ein subjektives Moment finden will, ist schon darauf hingewiesen worden, daß diese Ausdrucksweise rein sprachlich bedingt ist. Die Auffassung, das Gesetz verlange infolge des Wörtchens „als", daß der Besitzmittler den mittelbaren Besitz anerkennen, seinen Willen also in dessen Dienst stellen müsse, ist eine willkürliche Behauptung. Zwar wurde in den Protokollen [128]) gelegentlich der Beratung des Verhältnisses zwischen Nießbraucher und Besteller ausgesagt, nach der richtigen Auffassung des § 824 (= § 868 BGB.) genüge es, wenn der Nießbraucher anerkenne, für den Besteller zu besitzen; aber den Protokollen allein kommt — wie wir schon gesehen haben — eine ausschlaggebende Bedeutung nicht zu, zumal m. E. im Gesetz unterstützend nichts gesagt wird. Daß ferner die Heranziehung der Protokolle zu § 930 BGB. seitens der Gegenmeinung abwegig ist, wurde ebenfalls schon (oben S. 23) eingehend dargelegt.

Ein Hauptargument gegen das Willenserfordernis ergibt sich aus § 870 BGB. Nach dieser Vorschrift kann der mittelbare Besitz dadurch auf einen anderen übertragen werden, daß diesem der Anspruch auf Herausgabe der Sache abgetreten wird. Mehr als ein Abtretungsvertrag

---

128) Prot. IV S. 608.

(§ 398 BGB.) zwischen dem bisherigen mittelbaren Besitzer und dem Cessionar ist nicht erforderlich. Es kommt in dieser Gesetzesbestimmung unzweideutig zum Ausdruck, daß der Besitzmittler nicht seinen Willen dahin umstellen muß, künftig für den neuen Gläubiger zu besitzen [129]. Auch könnte sein entgegenstehender Wille den Übergang des mittelbaren Besitzes nicht verhindern. Der Herausgabeanspruch und damit der mittelbare Besitz geht nach § 870 auch dann über, wenn der Besitzmittler von dieser Übertragung nichts weiß, sein Wille folglich gar nicht in Aktion treten kann.

Dazu kommt ein weiterer Grund, den auch Leonhard (a.a.O. S. 75) und Rohde (XXI S. 32) anführen. Gemäß § 871 bleibt der mittelbare Besitz bestehen, wenn der Mittler seinen Besitz unter gleichzeitiger Begründung eines Rechtsverhältnisses der in § 868 gemeinten Art auf einen anderen überträgt. Dabei ist es gleichgültig, ob die Übertragung mit oder ohne Willen des unmittelbaren Besitzers geschieht. Letzterer braucht auch hier von der Übertragung keine Kenntnis zu haben.

Und weiter: wo bleibt das Willenserfordernis bei allen Besitzmittelungsverhältnissen, die kraft Gesetzes entstehen? Daß hier ein Wille nicht erforderlich ist, gibt notgedrungen auch die Gegenmeinung zu. Bruns [130]) hilft sich mit dem billigen Ausweg, in diesen Fällen läge eine Ausnahme vor.

Wollte man, wie dies bei der Gegenmeinung z. T. geschieht, das Fortbestehen des mittelbaren Besitzes von der Anerkennung des Besitzmittlers abhängig machen, so würde man den mittelbaren Besitzer völlig der Willkür des Mittlers preisgegeben. Dieser könnte jederzeit den mittelbaren Besitz dadurch beenden, daß er dem mittelbaren Besitzer erklärt, er wolle ihn künftig nicht mehr als solchen anerkennen. Der mittelbare Besitzer würde dadurch seinen Schutzanspruch aus § 869 verlieren, die Eigentumsvermutung des § 1006, III käme für ihn in Wegfall. Ferner würde der mittelbare Besitzer den Anspruch aus Besitzverlust (§ 1007) verlieren, der ausgeschlossen ist, wenn der Mittler den Besitz aufgegeben hat [131]). Der Besitzmittler könnte also nach seinem Belieben jederzeit den Zweck des Gesetzes vereitelt. Das Rechtsinstitut des mittelbaren Besitzes ist aber lediglich geschaffen im Interesse des mittelbaren Besitzers. M. E. dürfte es nicht schwer sein, zu erkennen, daß das Gesetz die Verwirklichung dieser Interessen nicht dadurch illusorisch macht, daß es auf den Willen des Besitzmittlers abstellt. Der mittelbare Besitzer könnte sich gegen die Willkür des Mittlers nicht einmal immer verteidigen. Ein Beispiel Leonhards [132]) bringt dies am treffendsten zum Ausdruck: „Wenn der Mieter von der Sache einen vertragswidrigen Gebrauch macht, so kann der Vermieter Unterlassung (§ 550) oder auch Herausgabe der Sache fordern (§§ 553, 556, vgl. §§ 604, 605, 691). Tritt aber die Auflehnung nur in Erklärungen hervor, so ist der Vermieter dagegen

---

129) Vgl. ebenso z. B. Leonhard a.a.O. S. 73—75; Rosenberg § 868 II 2 S. 127.
130) a.a.O. S. 165 Anm. 3.
131) so Leonhard a.a.O. S. 74.
132) a.a.O. S. 74.

wehrlos. Eine Klage auf Feststellung des mittelbaren Besitzes würde ihm nicht zustehen, eben weil dieser Besitz ja schon beendet ist. Danach könnte er nur allenfalls auf Feststellung des Mietverhältnisses klagen. Aber das Urteil würde den Mieter doch nicht hindern können, nun doch in seiner Auflehnung zu beharren. Denn der Richterspruch kann zwar eine Willenserklärung ersetzen, nicht aber einen Willensinhalt. Käme es also wirklich auf den Willen des Mittlers an, so würde er trotz seiner Verurteilung alleiniger Besitzer bleiben, jedenfalls aber könnte er sich sofort danach wieder auflehnen. Der mittelbare Besitzer würde mithin durch die Auflehnung des Mittlers seine Besitzstellung unwiederbringlich verlieren".

Das Gesagte zeigt, daß die Gegenansicht in Vereitelung des Gesetzeszwecks zu einer Schädigung des mittelbaren Besitzers führt. Mit der Aufstellung eines Willenserfordernisses wäre demnach das Rechtsinstitut des mittelbaren Besitzes vollständig in Frage gestellt [133]).

Erklärt man den Willen des Besitzers für ausschlaggebend, so wäre damit — worauf Isay hinweist [134]) — die Praxis wieder in die unglückliche Zwangslage zurückversetzt, nach inneren Willensvorgängen der Parteien forschen und darauf ihre Entscheidungen gründen zu müssen. Der Kampf gegen das im römischen und gemeinen Recht geltende Willensdogma, der in der Wissenschaft erfolgreich geführt wurde, wäre vergeblich gewesen.

Die Auffassung der Gegner steht endlich im Widerspruch mit der Tendenz des BGB., bei den Besitzfragen das Willensmoment auszuschalten.

Aus dem Gesagten erhellt, daß alle Gründe gegen, keine aber für das Erfordernis eines besonderen Besitzwillens für die Begründung und das Fortbestehen mittelbaren Besitzes sprechen. Richtig aufgefaßt, sagt das Gesetz: **Ist ein Rechtsverhältnis der in § 868 gemeinten Art vorhanden, dann besteht auf Grund dieser Tatsache ohne weiteres auch mittelbarer Besitz. Ob die Parteien dies wollen oder nicht, ist darauf ohne Einfluß. Die Parteien können den mittelbaren Besitz nicht einmal durch eine übereinstimmende Willenserklärung beendigen, solange das Besitzmittlungsverhältnis bestehen bleibt. Eine Beendigung können sie nur dadurch erreichen, daß sie entweder das den mittelbaren Besitz tragende Besitzmittlungsverhältnis aufheben oder der Mittler seinen unmittelbaren Besitz aufgibt.**

Zusammenfassend kann gesagt werden: Bei einem so wichtigen Rechtsinstitut, wie dem des mittelbaren Besitzes, hat das Gesetz nicht auf den Besitzwillen abgestellt, der einer steten Wandlung unterliegt, sondern in dem in § 868 geforderten Rechtsverhältnis die alleinige und feste Basis geschaffen.

---

133) Rohde: Studien XXI S. 36.
134) aa.O. S. 276.

## 4. Abschnitt.

### Beispiele für „ähnliche" Besitzmittlungsverhältnisse (§ 868 BGB.).

Die Prüfung erfolgt nach den einzelnen Rechtsgebieten und innerhalb derselben in systematischer Reihenfolge.

### § 1. Aus dem BGB.

Da im bürgerlichen Recht Vertragsfreiheit herrscht, können von den Parteien auch Besitzmittlungsverhältnisse vereinbart werden, die nicht unter einen vom Gesetz geschaffenen Typus fallen.

Beim Vertrag „zu Rechten Dritter" (§ 328) entsteht bei Vereinbarung eines Besitzmittlungsverhältnisses der mittelbare Besitz in der Person des Dritten, denn das Rechtsverhältnis wirkt unmittelbar für ihn. Der Herausgabeanspruch steht ihm allein zu. Anders beim Vertrag „zu Gunsten Dritter", denn in diesem Falle erwirbt der Drittte unmittelbar keine Rechte (§ 328). Weist der Dritte nach § 333 das erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurück, so gilt das Recht und folglich auch der mittelbare Besitz als nicht erworben.

Durch einen Kaufvertrag (§ 433) wird für den Käufer kein mittelbarer Besitz an den sich noch im Besitze des Verkäufers befindlichen Sachen begründet. Eine Besitzpflicht des Verkäufers wird durch den Kaufvertrag nicht ausgelöst. Sein Besitzrecht aber beruht nicht auf dem Kaufvertrag, sondern auf seinem Eigentum, das ihm bis zur Übergabe der Sache noch zusteht. Es fehlt daher an einem kausal aus dem Kaufvertrag fließenden Besitzrecht [135]). Gleiches gilt für den Tausch. (§ 515).

Ist dagegen eine Sache dem Käufer unter Eigentumsvorbehalt übergeben (§ 455), so ist mit der h. M. [136]) mittelbarer Besitz des Veräußerers bis zum Eintritt der Bedingung anzunehmen. Denn einerseits erlangt der Käufer kausal aus dem Kaufgeschäft sein Recht zum Besitze der Sache, andererseits der Verkäufer aus demselben Rechtsverhältnis einen vom Nichteintritt der Bedingung abhängigen Herausgabeanspruch. Tritt die Bedingung z. B. wegen Nichtleistung des Kaufpreises (§ 455) nicht ein, so besteht der mittelbare Besitz des Verkäufers fort. Bei Eintritt der Bedingung hat der durch ihren Nichteintritt bedingte Herausgabeanspruch des Verkäufers und damit dessen mittelbarer Besitz nie bestanden [137]) [138]) (§ 158).

---

135) Dies ist unbestritten.

136) Rosenberg § 868 II 2 b δ; Geißler, JW 1905 S. 521; Männer a.a.O. § 14 Anm. 10; Dernburg § 13 Anm. 5 S. 53; Pudor JW 1905 S. 314; Przibilla JW 1908 S. 395 ff.; Windscheid-Kipp I S. 796; Wolff § 8 I 1 b; Staudinger § 868 III 2 h; Neumann § 868 I 3 b; Rohde Studien XXI S. 21; XXIII S. 58; RG Bd. 49 S. 172; Bd. 54 S. 396; Bd. 69 S. 179.

137) so Rosenberg § 868 II 2 b δ.

138) Damit entfällt das Bedenken von Kreß (a.a.O. S. 193, Anm. 569), der Verkäufer könnte bei Übertragung mit Eigentumsvorbehalt durch Weiterveräußerung einen gutgläubigen Erwerber zum Eigentümer machen (§ 161, III BGB.) und dadurch den Käufer rechtlos stellen.

Gegen die Entstehung mittelbaren Besitzes beim Verkauf unter Eigentumsvorbehalt wendet sich in einer besonderen Abhandlung [139]) vor allem Thiesing, weil dieses Rechtsverhältnis seiner juristischen Wesenheit nach nicht darauf hinziele, die Sache nach Beendigung des Rechtsverhältnisses „bestimmungsgemäß" zum Veräußerer (= mittelbaren Besitzer) zurückkehren zu lassen [140]). Wir haben bei der Begriffsbestimmung des „ähnlichen" Verhältnisses dargelegt, daß die Sache nach Beendigung des Rechtsverhältnisses nicht notwendig zum mittelbaren Besitzer zurückzukehren braucht. Dem Besitzmittler kann z. B. erlaubt sein, sich die Sache anzueignen. Ferner besteht z. B. die juristische Wesenheit der Verpfändung darin, daß die verpfändete Sache an Stelle der geschuldeten Leistung verwertet werden kann — also nicht „bestimmungsgemäß" zum Verpfänder zurückkehren soll — und doch hat der Verpfänder mittelbaren Besitz, wie § 868 ausdrücklich hervorhebt. Damit wird die Annahme Thiesings hinfällig.

Beim Schenkungsversprechen (§ 518) besitzt der Versprechende bis zur Weggabe der Sache auf Grund seines Eigentums und nicht kausal aus dem Schenkungsversprechen, sodaß mittelbarer Besitz in der Person des Versprechensempfängers nicht entsteht. Die Beurteilung ist wie die des Kaufgeschäfts.

Beim Leihvertrag (§ 598) sind die Voraussetzungen des § 868 erfüllt, sodaß stets in der Person des Verleihers an den ausgeliehenen Sachen mittelbarer Besitz entsteht.

Die auf Grund eines Darlehnsvertrages (§ 607) weggebenen Sachen gehen regelmäßig in das Eigentum des Darlehnsnehmers über, sodaß er „dauernd" und nicht — wie § 868 verlangt — nur „auf Zeit" zum Besitze berechtigt ist. Ferner fließt das Besitzrecht nicht kausal aus dem Darlehnsvertrag, sondern aus dem erhaltenen Eigentum. Daher kein mittelbarer Besitz des Darlehnsgebers.

Auch ein Dienstvertrag kann Besitzmittlungsverhältnis sein, jedoch nur dann, wenn der Dienstverpflichtete bezüglich der Sache nicht als Besitzdiener anzusehen ist (§ 855). Beim Werkvertrag (§ 631) ist der Unternehmer Besitzmittler bezüglich der ihm zur Herstellung des Werks übergebenen Sachen. Stellt er die Sachen selbst (§ 651), so vermittelt er an diesen Sachen keinen mittelbaren Besitz, da der Besteller keinen Herausgabeanspruch gerade bezüglich dieser Sachen hat; ferner der Unternehmer sein Besitzrecht nicht aus dem Werkvertrag, sondern aus seinem Eigentume herleitet.

Schwieriger gestaltet sich die Besitzfrage beim Auftrag (§§ 662 ff.) und der Geschäftsführung ohne Auftrag (§§ 677 ff.).

Unbestritten ist, daß der Beauftragte an den zur Ausführung des Auftrags überlassenen Sachen dem Auftraggeber mittelbaren Besitz ver-

139) a.a.O. S. 249.

140) wie Thiesing auch: Planck a.a.O. § 868, 2 b β; Biermann § 868, 2 b; Gierke a.a.O. § 114 Anm. 39; Kreß a.a.O. S. 192, 193, Anm. 569, S. 197 und 200; Kretzschmar § 868, 2 c.

mittelt[141]). Bei Neuerwerb durch den Beauftragten ist es aber erforderlich, daß der Beauftragte die Sachen erwirbt in seiner Eigenschaft „als Beauftragter", mit anderen Worten, er muß auf Grund des Auftragsverhältnisses den Erwerb machen. Das Auftragsverhältnis muß die Sache erfassen. Nur dann erwirbt der Auftraggeber an den Sachen sogleich den mittelbaren Besitz. Es ist scharf zu unterscheiden zwischen dem Auftragsverhältnis, das intern zwischen Auftraggeber und Beauftragten besteht, und dem Rechtsgeschäft, auf Grund dessen der Beauftragte von dem Dritten die Sache erwirbt. Es interessiert als Besitzmittlungsverhältnis nur das Auftragsverhältnis, nicht dagegen das Rechtsverhältnis mit dem Dritten. Der Grund für die Entstehung des mittelbaren Besitzes ist allein das interne Auftragsverhältnis[142]), nicht dagegen der Umstand, daß der Beauftragte im Namen des Auftraggebers handelte[143]); auch nicht die Vollmacht, für den Auftraggeber zu handeln. Die Vollmacht hat nur den Zweck, gemäß § 164 die Rechtsbeziehung zwischen dem Dritten und dem Auftraggeber unmittelbar herzustellen.

Daß das äußere Auftreten des Beauftragten wenig nützt, zeigt deutlich ein Beispiel Isays[144]): Der Mittler, dessen Vollmacht nach außen fortbesteht, dem aber intern die Geschäftsführung verboten ist, erwirbt im Namen des Herrn von einem Dritten eine Sache. Da Vollmacht besteht, tritt zwar die rechtsgeschäftliche Wirkung der Leistung für den Herrn ein, aber Besitz erwirbt er nicht, da das interne Band zum Mittler, das dessen Besitzverpflichtung schaffen soll, gelöst ist". Staudinger[145]) und Endemann[614]) halten es für wesentlich, daß der Erwerber im Namen des Auftraggebers die Sache erwirbt. Petri[147]) unterscheidet beim Auftrag, ob sich zu ihm direkte oder indirekte Stellvertretung gesellt. Bei direkter Stellvertretung wird nach seiner Ansicht mittelbarer Besitz geschaffen, bei der indirekten Stellvertretung ohne weiteres nicht.

Hat der Beauftragte die Sache nicht „als solcher", also nicht auf Grund des Auftragsverhältnisses erworben — etwa in eigenem Namen für sich —, so ist zur Besitzvermittlung noch ein besonderer Akt nötig, durch den er die Sachen in das Auftragsverhältnis hineinstellt. Dieses „Hineinstellen" in das besitzvermittelnde Auftragsverhältnis muß erkennbar sein. Das Erkennbarmachen besteht gegenüber dem Auftraggeber, nicht aber gegenüber dem Dritten[148]). Nicht nötig ist gerade eine Mitteilung an den Auftraggeber. Es genügt, wenn erkennbar ist, daß der Beauftragte die auf Grund des Auftrags herauszugebenden Sachen als dem

---

141) Vgl. z. B. Rosenberg § 868 II 2 d ζ; Windscheid-Kipp I S. 796; Wolff § 8 I 1 c; Staudinger § 868 III 2 a; Planck § 868, 2 b β; Leonhard a.a.O. S. 60; Endemann § 31, 2 b; § 32 Anm. 15.

142) so Rosenberg § 868, II d ζ; ebenso Bruns a.a.O. S. 167/8, dem Hellmann in Krit. Vtlj. Schr. Bd. 50 S. 116 zustimmt.

143) Vgl. so z. B. Bruns a.a.O. S. 168.

144) a.a.O. S. 351. Vgl. dazu Bruns a.a.O. S. 169 Anm. 1.

145) a.a.O. § 868 III 2 a.

146) a.a.O. § 31, 2 b.

147) a.a.O. S. 383.

148) Vgl. so z. B. Rosenberg § 868 II 2 d ζ; vgl. auch RG DIZ 1912, 8; RG IW 1912 S. 797 15.

Auftraggeber gehörig besitzt. Nötig ist dazu, daß die Sache als spezialisierte und aus dem übrigen Vermögen des Beauftragten ausgesonderte zu dem Auftraggeber in Beziehung gebracht wird, z. B. durch Buchung in den Geschäftsbüchern auf den Namen des Auftraggebers, Namensaufschrift auf die Sachen usw[149]). Dieser Grundgedanke findet sich analog auch in den §§ 588, II, 1048, I, 2111, II: „Einverleibung in das Inventar[150]).

Nach unserer Begriffsbestimmung des „ähnlichen" Verhältnisses ist auch die „Geschäftsführung ohne Auftrag" ein Besitzmittlungsverhältnis. Sie ist ein Rechtsverhältnis, aus dem für den Geschäftsherrn gemäß der §§ 681, 667 kausal ein Herausgabeanspruch gegen den Geschäftsführer begründet wird. Aus denselben Vorschriften erhellt, daß die Geschäftsführung ohne Auftrag ein Verhältnis ist, vermöge dessen der Geschäftsführer dem Geschäftsherrn gegenüber auf Zeit zum Besitze verpflichtet ist. Soweit die Übernahme der Geschäftsführung dem Interesse und dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Geschäftsherrn entspricht, ist eine Genehmigung des Geschäftsherrn überhaupt nicht und deshalb auch zur Entstehung des mittelbaren Besitzes nicht erforderlich[151]). Dies ergibt sich m. E. aus § 684 in Verb. mit § 683. Soweit dies nicht der Fall ist, wird man zwar die Genehmigung des Geschäftsherrn als erforderlich ansehen[152]); dabei ist aber nicht nötig, daß die Entstehung des mittelbaren Besitzes, sondern die Geschäftsführung als solche genehmigt wird. (§ 684). Durch diese Genehmigung treten erst die vollen Wirkungen einer Geschäftsführung ohne Auftrag ein, wodurch auch ex lege der mittelbare Besitz entsteht. In der Denkschrift z. Ges. betr. Änderungen der ZPO. wird der Geschäftsführer ohne Auftrag allgemein als ein Besitzer bezeichnet, der den mittelbaren Besitz für den Geschäftsherrn begründet[153]). Den gleichen Standpunkt vertritt auch großenteils die Wissenschaft und vor allem die Rechtsprechung[154]). Die Ansicht der Gegner[155]) beruht vor allem auf ihrer besonderen Einstellung zu dem

---

149) Vgl. dazu Rosenberg § 868 II 2 d ζ; vgl. ferner: RG Bd. 24 S. 307 ff.; Bd. 52 S. 129 ff.; Bd. 63 S. 16 ff.; Bd. 40 S. 55 ff. Dazu gehören auch die Entscheidungen des RG, die ähnliche Tatbestände beurteilen und verlangen, daß der Beauftragte „dem Auftrag gemäß" handelte, z. B. RG JW 1903 S. 129; RG Bd. 56 S. 54; Recht 1912 Nr. 1183.

150) Vgl. auch Rosenberg § 868 II 2 d ζ.

151) Vgl. RG Bd. 98 S. 134.

152) Vgl. Rosenberg § 868 II 2 d ζ; RG 63 S. 18; Last a.a.O. S. 96; Bruns a.a.O. S. 162.

153) entnommen bei Planck § 868, 2 b β.

154) Vgl. zu B. RG Bd. 63 S. 18; Bd. 98 S. 134; Bd. 102 S. 39; Seuff. Arch. 59 Nr. 104; Wolff § 8 I 1 c; Endemann § 32 Anm. 15 S. 164; Windscheid-Kipp § 155 S. 796; u. A. auch Staudinger § 868 III 2 a; Männer a.a.O. § 16 Anm. 5; Hans. R. u. G. Z. B. 1928 S. 501; Last a.a.O. S. 96, dessen Auffassung jedoch, daß der Geschäftsherr durch die Genehmigung seinen Besitzerwerbswillen ausüben müsse, ist abzulehnen, da zur Begründung mittelbaren Besitzes ein Parteiwillen auf keiner Seite erforderlich ist.

155) Vgl. z. B. Biermann § 868, 6 b; Przibilla in Iher. Jahrb. Bd. 50 S. 364; Planck § 868, 2 b. Isay a.a.O. S 278; Kretzschmar § 868, 3 a. Petri a.a.O. S. 383.

als Maßstab angelegten Begriff des „ähnlichen“ Verhältnisses in § 868, sodaß sie, wenn sie z. B. die Merkmale „vom mittelbaren Besitzer anvertraut“ oder von ihm „abgeleitet“ für wesentlich halten, in logischer Folge die „Geschäftsführung ohne Auftrag“ nicht als Besitzmittlungsverhältnis ansehen können.

Bei der Gesellschaft (§§ 705 ff.) ist anzunehmen, daß der geschäftsführende Gesellschafter in Ansehung des Gesellschaftsvermögens den übrigen Gesellschaftern mittelbaren Besitz vermittelt, soweit sich nicht die Sachen in gemeinschaftlichen unmittelbaren Besitze der Gesellschafter befinden. Gleiches gilt bei der Gemeinschaft (§§ 741 ff.).

Das Rechtsverhältnis der ungerechtfertigten Bereicherung (§§ 812 ff.) ist nach unserer Ansicht ein Besitzmittlungsverhältnis i. S. des § 868. Die Voraussetzungen unserer Begriffsbestimmung des „ähnlichen“ Verhältnisses sind erfüllt, denn das Verhältnis der ungerechtfertigten Bereicherung stellt sich dar als ein Rechtsverhältnis, aus dem kausal für den Gläubiger ein Herausgabeanspruch und für den Bereicherten bis zur Herausgabe der Sache eine Besitzpflicht entspringt. Dies läßt sich aus dem Grundgedanken des § 812 entnehmen. Die ungerechtfertigte Bereicherung als Besitzmittlungsverhältnis ist — wie wir schon gesehen haben — deshalb von besonderer Bedeutung, weil sie regelmäßig kraft Gesetzes besitzvermittelnd an die Stelle eines ungültig vereinbarten anderen Besitzmittlungsverhältnisses tritt, wodurch die sonst schwierige Frage der Besitzlage bei Ungültigkeit des Rechtsverhältnisses ihre gesetzliche Lösung findet. Verstößt der Leistende mit der Hingabe einer Sache gegen ein gesetzliches Verbot oder gegen die guten Sitten, so ist gemäß § 817 sein Herausgabeanspruch und damit auch mittelbarer Besitz für ihn ausgeschlossen. Das Besitzrecht des Empfängers besteht dann auch nicht mehr „auf Zeit“, sondern „dauernd“.

Unbestritten genügt der Eigentumsanspruch aus § 985 nicht zur Besitzmittlung. Es muß stets ein besonderes Rechtsverhältnis zwischen den Parteien bestehen, auf Grund dessen der mittelbare Besitz vermittelt wird.

Sehr umstritten ist die Frage, ob der Finder dem Verlierer an der gefundenen und an sich genommenen Sache Besitz vermittelt (§ 965). Die Frage ist von unserem Standpunkt aus zu bejahen [156]. Sobald der Finder die Sache an sich genommen hat, erwächst dem Verlierer gegen den Finder ein Herausgabeanspruch. Solange der Finder die Sache in seinem unmittelbaren Besitze hat, ist er gemäß § 966 zur Verwahrung verpflichtet. Daraus ergibt sich m. E. für diese Zeit jedenfalls auch eine Besitzpflicht des Finders [157]. Der Herausgabeanspruch des Verlierers und die Besitzpflicht des Finders fließen kausal aus dem durch das Ansichnehmen der Sache entstandenen Rechtsverhältnis zwischen Finder und Verlierer (ebenso OLG. Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 59 Nr. 104,

---

156) ebenso z. B. Bartels S. 669; Wendt S. 62; Kretzschmar § 868, 2 c; Männer a.a.O. § 14 Anm. 10.

157) ebenso: Strohal a.a.O. S. 222; Isay a.a.O. S. 278; und die unter Anm. 2 S. 94 genannten Schriftsteller.

S. 189). Wenn nun dem Finder gemäß § 967 die Möglichkeit gegeben ist oder auch auf Anordnung der Polizeibehörde zur Pflicht gemacht werden kann, die Sache an die Polizeibehörde abzuliefern, so bedeutet das nur, daß der Finder durch Hingabe der Sache an diese Stelle sich vom unmittelbaren Besitze und seiner Verwahrungspflicht ohne rechtlichen Nachteile entlasten kann. Nicht aber kann aus dieser Möglichkeit ein Schluß dahin gezogen werden, daß der Finder zum Besitze überhaupt nicht verpflichtet sei, wie vor allem Leonhard[158]) will. Man kann nur soviel sagen, daß der Finder nach Ablieferung der Sache an die Polizeibehörde künftig zur Verwahrung und zum Besitze nicht mehr verpflichtet ist. Mit der Ablieferung der Sache an die Polizeibehörde verliert der Finder den unmittelbaren Besitz, sodaß folglich auch der mittelbare Besitz des Verlierers künftig nicht mehr vom Finder, sondern von der Polizeibehörde vermittelt wird. Eine Reihe namhafter Wissenschaftler[159]) erkennen eine Besitzvermittlung wenigstens für den Fall an, daß der Finder „ehrlich" ist. Im Ergebnis stimmt diese Auffassung mit unserer Ansicht überein; nur ist kein Grund ersichtlich, weshalb nur der „ehrliche" Finder Besitzmittler sein soll. Gleichgültig, ob der Finder ehrlich ist oder nicht, entsteht durch das Ansichnehmen der Fundsache zwischen Finder und Verlierer — wie schon erwähnt — ein Rechtsverhältnis, aus dem kausal ein Herausgabeanspruch für den Verlierer und eine Besitzpflicht für den Finder fließt. Mehr ist nach § 868 zur Besitzmittlung nicht erforderlich. Die Herrschaftsbeziehung des Verlierers zur Sache ist infolge des genannten Rechtsverhältnisses genau so stark wie in allen anderen Fällen des § 868. Nicht erforderlich ist ferner, daß Verlierer und Finder einander kennen[160]); denn das Entstehen des besitzvermittelnden Rechtsverhältnisses ist davon unabhängig.

Ein Teil der Gegner unserer Ansicht[161]), die in dem Verhältnis des Finders zum Verlierer kein Besitzmittlungsverhältnis sehen, glauben in unserer Auffassung einen Widerspruch zu den §§ 940, II, 973 zu finden. Gemäß § 940 wird die Ersitzung durch den Verlust des Besitzes dann nicht unterbrochen, wenn der Besitzer diesen ohne seinen Willen verloren und binnen Jahresfrist wiedererlangt hat. Wird nun die verlorene Sache gefunden, so erlangt der Verlierer den mittelbaren Besitz wieder, und folglich läuft auch die Ersitzung gemäß § 940 weiter. An diese Feststellung anschließend, argumentieren die Gegner folgendermaßen[162]): Der Finder erwerbe nach § 973 mit Ablauf eines Jahres nach der Anzeige bei der Polizeibehörde das Eigentum. Alle bisher an der Sache bestehenden Rechte erlöschen. Wenn nun aber die Ersitzung des Verlierers weiterliefe und „nach" Ablauf dieses Jahres vollendet werde, so werde mit

---

158) a.a.O. S. 73; ebenso RGRK § 868, 3.

159) Jung, Lb. § 215 S. 928; Bekker a.a.O. S. 41; Endemann § 32 Anm. 15; Landsberg § 172, Anm. 3 S. 631; Crome § 345 S. 33; Dernburg § 13, 1 a.

160) Dies gegen Neumann § 868, 3 b.

161) Vgl. z. B. Rosenberg § 68, II, 2 d $\eta$, aa S. 136; Planck § 868, 2, b β S. 86; Staudinger § 868, III 2 b; Isay a.a.O. S. 279.

162) Vgl. dazu Isay a.a.O. S. 279.

diesem Moment der Verlierer Eigentümer der Sache, das Eigentum des Finders dagegen erlösche wieder gemäß § 945, ohne daß er etwas davon erfahre. Ein solches Ergebnis würde dem Prinzip, welches der Ersitzung sowie dem Eigentumserwerb des Finders zugrunde liege, widersprechen.

Dieses Ergebnis der Gegenansicht ist aber nur das Produkt einer falschen Beurteilung der Rechtslage. Sie übersieht, daß mit dem Augenblick des Eigentumserwerbs des Finders an der Sache (gemäß § 973) auch der mittelbare Besitz des Verlierers endgültig erlischt, sodaß eine Ersitzung „nach" Ablauf des Jahres, d. h. nach dem Eigentumserwerb des Finders, gar nicht eintreten kann. Sobald nämlich der Finder Eigentum an der Sache erlangt, erlischt jeder Herausgabeanspruch des Verlierers bezüglich der Sache. Der Finder besitzt zukünftig auf Grund seines Eigentums und nicht mehr auf Grund des Rechtsverhältnisses, das in der Vergangenheit mit dem Verlierer bestanden hat, jetzt aber aufgelöst ist. Der Finder besitzt fernerhin nicht mehr nur „auf Zeit", sondern „dauernd". Es werden also alle Voraussetzungen für einen weiteren mittelbaren Besitz des Verlierers und damit auch der mittelbare Besitz selbst und folglich ferner die Grundlage für eine Ersitzung „nach" dem Eigentumserwerb des Finders, mit anderen Worten nach Ablauf des Jahres, aufgehoben. Es handelt sich hier um einen Fall der Beendigung des mittelbaren Besitzes kraft Gesetzes. Somit wird auch in vollem Maße dem praktischen Bedürfnisse genügt, dem in § 973 Rechnung getragen wird, und das verlangt: „daß dem Zustande, in welchem nach dem Empfangsberechtigten einer verlorenen Sache gesucht und die Sache für denselben verwahrt und erhalten wird, eine zeitliche Grenze gesetzt werde und daß nach Überschreitung dieser Grenze eine von dem früheren Rechtszustande unabhängige Neuregelung des Rechts an der Sache erfolge" [163]). Diese Neuregelung besteht in dem künftigen Eigentum des Finders, der nicht zu befürchten braucht, daß er sein Eigentum durch Ersitzung des Verlierers gemäß § 945 wieder verliert, da diese Ersitzung nach dem Gesagten mit dem Eigentumserwerb des Finders endgültig abgebrochen wird. Nach dieser m. E. richtigen Beurteilung der Rechtslage steht unsere Ansicht in vollem Einklang mit den §§ 940, II und 973, und der von den Gegnern behauptete „Widerspruch" erweist sich als nicht vorhanden.

Abzulehnen ist ferner die Bemerkung Strohals [164]), der Annahme einer Besitzvermittlung durch den Finder stehe die Bestimmung des § 180 entgegen, wonach der Finder nicht ohne Vollmacht den Verlierer beim Besitzerwerbe vertreten könne. Denn erstens ist der Besitzerwerb kein Rechtsgeschäft (vgl. § 180) im Sinne des BGB. [165]), sondern nur eine Rechtshandlung, und zweitens verlangt der § 868 zum mittelbaren Besitz nicht eine Vollmacht, sondern vielmehr ein Verpflichtungsverhältnis. Wer z. B. mit Vollmacht, aber ohne Auftrag Besitz erlangt, kann dadurch noch nicht den Vollmachtgeber zum mittelbaren Besitzer machen [166]).

---

163) so Isay a.a.O. S. 279.
164) a.a.O .S. 25.
165) Vgl. OLG Hamburg in Seuff. Arch. Bd. 59 Nr. 104.
166) so Leonhard a.a.O. S. 71.

Soweit im übrigen der Fund als Besitzmittlungsverhältnis in der Wissenschaft abgelehnt wird, ergibt sich diese Ablehnung aus der abweichenden Einstellung der Gegner zum Begriff des „ähnlichen" Verhältnisses in § 868. Alle, die zu diesem Begriff z. B. das Merkmal vom mittelbaren Besitzer „abgeleitet" verlangen, können den Fund nicht als Besitzmittlungsverhältnis ansehen [167]).

Das Erbbaurcht ist m. E. als Besitzmittlungsverhältnis nur geeignet, soweit eine Zeit für das Besitzrecht des Erbbauberechtigten festgesetzt ist [168]). Anderenfalls mangelt es an dem Erfordernis „auf Zeit" [169]). Gleiches gilt vom Erbpachtrecht (Art. 63 EG. BGB.). Ein Besitzmittlungsverhältnis ist ferner das in § 1093 geregelte Wohnungsrecht. Der Wohnungsberechtigte vermittelt dem Besteller des dinglichen Rechts den mittelbaren Besitz an der Sache [170]).

Aus dem Familienrecht sind als Besitzmittler zu nennen: der Ehemann bezüglich des eingebrachten Gutes bei dem Güterstande der Verwaltung und Nutznießung (§§ 1363 ff.) [171]) zugunsten der Ehefrau und bezüglich des Gesamtgutes in den Güterständen der Gütergemeinschaften (§§ 1437 ff., 1519 ff., 1549 ff.) zugunsten der gesamten Hand [172]). Ferner ist Besitzmittler der überlebende Ehegatte im Falle der fortgesetzten Gütergemeinschaft. Desgleichen der Vater oder die Mutter (§§ 1627 ff., § 1686), der Vormund (§§ 1793 ff., § 1897) und der Pfleger (§ 1915), sofern sie das ihrer Verwaltung unterliegende Vermögen des Kindes, des Mündels und des Pflegebefohlenen in ihrem Besitze haben [173]). Diese Verwalter fremden Vermögens sind sowohl Besitzmittler bezüglich der bei Beginn der Verwaltung zu dem verwalteten Vermögen gehörenden Sachen, als auch bezüglich des Neuerwerbs, den sie als zu dem fremden Vermögen gehörend, insbesondere auf Grund dinglicher Surrogation, machen; z. B. der Ehemann an den Sachen, die er in den Fällen der §§ 1381, 1382, 1525 II, 1550 II für die Frau und die der Vater gemäß § 1646 für das Kind erwirbt [174]).

---

167) Vgl. z. B. Biermann, § 868, 2 c; Staudinger § 868 III 2 b; Wolff § 8 I 1 a; Goldmann-Lilienthal § 1 Anm. 12; Fischer-Henle § 868, 4; Turnau-Förster § 868, 2; Thiesing a.a.O. S. 247.

168) Vgl. § 2 VO über d. Erbbaurecht v. 15. 1. 1919.

169) Vgl. Wolff § 8 I 1 c; Windscheid-Kipp I, 796; Gierke a.a.O. § 114 Anm. 38; Crome § 345 Anm. 27.

170) Rosenberg § 868, II, 2 d α.

171) Ebenso: Wolff § 8 I 1 c; Oertmann in Iher. Jahrb. Bd. 44 S. 214 ff.; Endemann § 31 Anm. 24; Gierke § 114 Anm. 38; Dernburg § 13, 1 b; Crome § 345 Anm. 26; Staudinger § 868 III 2 d; Rosenberg § 868 II 2 d ε; Planck § 868, 2 b β; Biermann § 868, 4; Neumann § 868, 3 b; Fischer-Henle § 868, 6; JW 1906 S. 161 (162). Rspr. Bd. 14 S. 172.

172) Ebenso: Rosenberg § 868 II 2 d ε; Wolff § 8 Anm. 15; RG Recht 1910 Nr. 3190.

173) Ebenso: Rosenberg § 868, II 2 d ε; Wolff § 8 I, 1 c; Gierke § 114 Anm. 31 und 38; Leonhard a.a.O. S. 62; Crome § 345 Anm. 26; Endemann § 31 Anm. 25; Rohde XXI, 22; XXIII, 58; Windscheid-Kipp I, S. 787 ff. 796; Biermann § 868, 4; Planck § 868, 2 b β; Fischer-Henle § 868, 6.

174) Vgl. zu d. Gesagten: Rosenberg § 868 II 2 d ε.

Aus dem Erbrecht sind als Besitzmittlungsverhältnisse zu nennen: die Nachlaßpflegschaft (§ 1960) und die Nachlaßverwaltung (§ 1985); ferner die Testamentsvollstreckung. Es sind dies alles Rechtsverhältnisse, auf Grund deren der Verwalter, Pfleger und Testamentsvollstrecker auf Zeit zum Besitze von Sachen berechtigt und verpflichtet sind, die sie nach Ablauf dieser Zeit herauszugeben haben. Kein Besitzmittlungsverhältnis ist das Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben. Zwar besteht das Besitzrecht des Vorerben nur während der Dauer der Vorerbschaft, d. h. also „auf Zeit", aber dieses Besitzrecht fließt nicht kausal aus dem Verhältnis des Vorerben zum Nacherben, wie es § 868 erfordert, sondern beruht auf der Stellung des Vorerben in seiner Eigenschaft als „Ersterbe". Die Sachen stehen im Eigentum des Vorerben. Mit dem Eintritt der Nacherbfolge wird man aber mittelbaren Besitz des Nacherben annehmen können, solange die Sachen sich noch im unmittelbaren Besitz des Vorerben befinden, denn es ist nunmehr zwischen beiden ein Verhältnis entstanden, das den Voraussetzungen des § 868 entspricht.

### 2. Aus dem HGB.

Als Besitzmittlungsverhältnisse sind hier zu nennen: das Kommissionsgeschäft (§§ 383 ff.), das Speditionsgeschäft (§§ 407 ff.) [175]), das Lagergeschäft (§§ 416 ff.) [176]) und das Frachtgeschäft (§§ 425 ff.) [177]). Das Kommissionsgeschäft ist ähnlich dem Auftrag (BGB. §§ 662 ff.). Es ist hier wie beim Auftrag zu unterscheiden zwischen den Sachen, die der Kommissionär vom Kommittenten zwecks Ausführung der Kommission (Verkaufskommission) erhält, und an denen er unbestritten bis zur Weggabe des unmittelbaren Besitzes dem Kommittenten mittelbaren Besitz vermittelt; und ferner zwischen den Neuanschaffungen (Einkaufskommission), die zur Besitzmittlung noch durch einen besonderen Akt in das besitzvermittelnde Kommissionsverhältnis hineingestellt werden müssen. Im einzelnen darf auf die eingehenden Ausführungen beim Auftragsverhältnis (oben S. 35 ff.) verwiesen werden, da Kommission und Auftrag für unsere Frage gleich zu beurteilen sind.

Als Besitzmittlungsverhältnisse sind ferner geeignet die Beförderungsverträge mit der Eisenbahn, mit Schiffen, der Post usw.

### 3. Aus der ZPO.

Von Bedeutung ist hier das Besitzverhältnis bezüglich der vom Gerichtsvollzieher beschlagnahmten Sachen. Beläßt der Gerichtsvollzieher die gepfändeten Sachen gemäß § 808, II im Gewahrsam des Schuldners, so ist mit der herrschenden Meinung anzunehmen [178]), daß der Gerichts-

---

175) Ebenso z. B. Rosenberg § 68 II 2 d γ; Wolff § 8 I, 1 c.

176) Vgl. Rosenberg § 868 II 2 d γ; Wolff § 8 I, 1 c; Endemann § 31 Anm. 20.

177) Vgl. statt anderer: Wolff § 8 I 1 c; Windscheid-Kipp I S. 796; Endemann § 31, 2 b; Rosenberg § 868 II, 2 d γ.

178) Vgl. statt anderer: Wolff § 8 I 1 c; Planck zu § 868, 2 b β.

vollzieher als erststufiger mittelbarer Besitzer und der auftraggebende Gläubiger als mittelbarer Besitzer zweiten Grades (§ 871) anzusehen ist. Unrichtig ist m. E. dagegen die Annahme, daß der Schuldner als Besitzdiener des Gerichtsvollziehers zu behandeln sei. Der Schuldner ist vielmehr auch weiterhin unmittelbarer Besitzer i. S. des § 854 BGB. Nimmt der Gerichtsvollzieher gemäß § 808 I ZPO. die Sachen in seinen eigenen Gewahrsam, so ist er bezüglich dieser Sachen Besitzmittler des auftraggebenden Gläubigers.

## § 4. Aus der KO. und dem ZVG.

Erwähnenswert ist in diesen Gesetzen die Besitzstellung des Konkursverwalters[179]) und des Zwangsverwalters. Beide sind Besitzmittler des Schuldners bezüglich der Sachen, die sie zwecks Verwaltung in ihren Besitz genommen haben. Der mittelbare Besitz erstreckt sich auch auf die Sachen, die während der Verwaltung in das verwaltete Vermögen gelangen.

## § 5. Aus dem öffentlichen Recht.

Die Besitzmittlungsverhältnisse brauchen nicht notwendig aus dem Privatrecht, sondern können auch aus dem öffentlichen Rechte sein, sofern nur die Voraussetzungen des § 868 BGB. erfüllt sind. Es muß genügen, einige Besitzmittlungsverhältnisse aus dem öffentlichen Recht anzugeben. So ist das Grundbuchamt Besitzmittler hinsichtlich des Hypothekenbriefs, der ihm zu einer Umschreibung (§§ 42, 62, GBO.) übergeben wurde. Der Staatsanwalt oder die Polizei sind Besitzmittler der von ihnen gemäß §§ 94 ff. StPO. in Besitz genommenen Sachen (vgl. § 111 StPO.). Ferner hatte das Deutsche Reich an den aus Anlaß des Versailler Friedensvertrages enteigneten und im Besitze des Expropriierten belassenen Sachen mittelbaren Besitz[180]) (R. Ges. v. 31. 8. 1919 §§ 2, 3, 5).

---

179) Vgl. Endemann § 31 Anm. 22; Gierke § 114, Anm. 31, Anm. 38; Männer a.a.O. § 14 Anm. 10.
180) Die vorerwähnten Beispiele sind entnommen bei Wolff § 8 I 1 c.

## Lebenslauf.

Am 21. Juli 1910 wurde ich als Sohn des Grubenbeamten Johann Barrois und seiner Ehefrau Margareta, geborene Fuchs, in Berschweiler, Kr. Ottweiler, geboren. Nach Entlassung aus der Volksschule besuchte ich seit Ostern 1924 das Gymnasium in St. Wendel, das ich Ostern 1931 mit dem Zeugnis der Reife verließ. An den Universitäten Berlin und Marburg widmete ich mich sodann den Rechts- und Staatswissenschaften. Ende Sommersemester 1932 bestand ich an der Universität in Berlin die juristische Zwischenprüfung. Die erste juristische Staatsprüfung bestand ich am 15. Dezember 1934 am Oberlandesgericht in Kassel. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 2. Oktober 1935 an der Universität in Marburg ab. Zur Zeit bin ich Assistent bei der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität in Marburg und gleichzeitig Gerichtsreferendar am hiesigen Landgericht.